

الاستذكار

الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار

تأليف

الإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر النمري القرطبي

المتوفى سنة ٤٦٣هـ

علق عليه ووضع حواشيه

سالم محمد عطا — محمد علي معوض

طبعة كاملة في ثمانية أجزاء إضافة إلى مجلد تاسع خاص بالفهارس العامة

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية:

القراض - المساقاة - كراء الأرض - الشفعة - الأقضية - الوصية
العتق والولاء - المكاتب - المدبر - الحدود

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

٣٢

كتاب القراض (١)

١ ـ باب ما جاء في القراض

قال أبو عمر: [أمَّا] أهْلُ الحِجَازِ يُسَمُّونَهُ القِرَاضَ، وَأهْلُ العِرَاقِ لا يَقُولُونَ: قِرَاضاً البَتَّةَ، وَلَيْسَ عِنْدَهُم كَتَابُ قِرَاضٍ، وَإِنَّما يَقُولُونَ: «مُضَارَبَةٌ»، وكتب مُضاربة أخَذُوا ذَلِكَ مِنْ قَولِهِ تَعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [النساء: ١٠١] وَقوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠].

وَفِي قَولِ الصَّحابَةِ بِالمَدِينَةِ لِعُمَرَ فِي قِصَّتِهِ مَعَ ابْنَتَيْهِ: «لَو جَعَلْتُه قِرَاضاً»، وَلَمْ يَقُولُوا مُضَارَبَةً دَلِيلٌ عَلى أنَّها لُغَتُهم، وَأنَّ ذَلِكَ هُوَ المَعْرُوفُ عِنْدَهُم.

وَالقِرَاضُ مَأْخُوذٌ مِنَ الإِجْماعِ الَّذِي لا خِلافَ فيه عِنْدَ أحَدٍ مِنْ أهْلِ العِلْمِ، وَكَانَ فِي الجَاهِلِيَّةِ فَأقَرَّه الرَّسُولِ ﷺ فِي الإِسْلامِ.

١٣٥٥ ـ مَالِكٌ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فِي جَيْشٍ إِلى الْعِرَاقِ، فَلَمَّا قَفَلا مَرَّا عَلَى أَبِي مُوسى الأَشْعَرِيِّ، وَهُوَ أَمِيرُ الْبَصْرَةِ، فَرَحَّبَ بِهِمَا وَسَهَّلَ، ثُمَّ قَالَ: لَوْ أَقْدِرُ لَكُمَا عَلَى أَمْرٍ أَنْفَعُكُمَا بِهِ لَفَعَلْتُ، ثُمَّ قَالَ: بَلَى، هَا هُنَا مَالٌ مِنْ مَالِ اللَّهِ أُرِيدُ أَنْ أَبْعَثَ بِهِ إِلى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، فَأُسْلِفكُمَاهُ، فَتَبْتَاعَانِ بِهِ مَتَاعاً مِنْ مَتَاعِ الْعِراقِ، ثُمَّ تَبِيعَانِهِ بِالْمَدِينَةِ، فَتُؤَدِّيَانِ رَأْسَ الْمَالِ إِلى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، وَيَكُونُ الرِّبْحُ لَكُمَا، فَقَالا: وَدِدْنا ذَلِكَ فَفَعَلَ، وَكَتَبَ إِلى عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمَ المَالَ، فَلَمَّا قَدِمَا بَاعَا فَأَرْبحَا، فَلَمَّا دَفَعَا ذَلِكَ إِلى عُمَرَ، قَالَ أَكُلُّ الْجَيْش أَسْلَفَهُ مِثْلَ مَا أَسْلَفَكُمَا؟ قَالا: لا، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ

---

(١) القراض: هو أن يدفع إليه ما لا يتّجر فيه، والربح مشترك بينهما، مشتق من القرض، وهو القطع، لأنه قطع للمال، قطعة من ماله يتصرف فيها، أو قطعة من الربح. أو من المقارضة وهي المساواة لتساويهما في الربح.

١٣٥٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ١، من كتاب القراض، باب ١ (ما جاء في القراض).

الخَطَّابِ: ابْنَا أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، فَأَسْلَفَكُمَا، أَدِّيَا الْمَالَ وَرِبْحَهُ، فَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ، فَسَكَتَ، وَأَمَّا عُبَيْدُ اللَّهِ فَقَالَ: مَا يَنْبَغِي لَكَ، يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، هَذَا، لَوْ نَقَصَ هَذَا الْمَالَ أو هَلَكَ لَضَمِنَّاهُ، فَقَالَ عُمَرُ: أَدِّيَاهُ، فَسَكَتَ عَبْدُ اللَّهِ، وَرَاجَعَهُ عُبَيْدُ اللَّهِ، فَقَالَ رَجُلٌ مِنْ جُلَسَاءِ عُمَرَ، يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضاً، فَقَال عُمَرُ: قَدْ جَعَلْتُهُ قِرَاضاً، فَأَخَذَ عُمَرُ رَأْسَ الْمَالِ وَنِصْفَ رِبْحِهِ، وَأَخَذَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ، ابْنَا عُمَر بْنِ الْخَطَّابِ، نِصْفَ رِبْحِ الْمَالِ.

قال أبو عمر: هَذَا اجْتِهَادٌ مِنْ عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ لأَنَّهما ابْنَاهُ، وَحَابَاهُمَا أَبُو مُوسى [الأَشْعَرِيُّ] بِمَا أَعْطَاهُما، فَاجْتَهَدَ لِلْمُسْلِمِينَ فِي ذَلِكَ وَاحْتَاطَ عَلَيْهِم كَمَا فَعَلَ بِعُمَّالِهِ [إِذْ شَاطَرَهُمْ أَمْوَالَهُمْ] احْتِياطاً لِعَامَّةِ المُسْلِمِينَ.

١٣٥٦ ـ مَالِكٌ، عَنِ الْعَلاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ؛ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ أَعْطَاهُ مَالا قِرَاضاً يَعْمَلُ فِيهِ، عَلَى أَنَّ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا.

قال أبو عمر: أَصْلُ هَذَا البَابِ إِجماعُ العُلَمَاءَ عَلى أَنَّ المُضَارَبَةَ سُنَّةٌ مَعْمُولٌ بِها مَسْنُونَةٌ قَائِمَةٌ.

وَروِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، وَعَائِشَةَ، وَابْنِ مَسْعُودٍ، وَابْنِ عُمَرَ [أَنَّهُم كَانُوا يَقُولُونَ]: اتَّجِرُوا فِي أَمْوَالِ اليَتَامَى، [لا تَأْكُلها الزَّكَاةُ، وَكَانُوا يُضَارِبُونَ بِأَموَالِ اليَتَامى].

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «ابْتَغُوا فِي أَمْوَالِ اليَتَامى لا تَأْكُلها الزَّكَاةُ»، وَقَالَ: «لا تذْهبُها الزَّكَاةُ»[(١)].

وَهُوَ حَدِيثٌ مُرْسَلٌ.

وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيب، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، قَالَ: خَطَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَقَالَ: «أَلا مَنْ وَلِيَ مَالَ يَتِيم، فَلْيَتَّجِرْ لَهُ فِيهِ، وَلا يَتْرُكْهُ، فَتَأْكُلهُ الزَّكَاةُ»[(٢)].

وَهذِهِ الآثَارُ، وَمَا كَانَ مِثْلَها عَمَّا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الصَّحَابَةِ تَدُلُّ عَلى جَوَازِ القِرَاضِ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنْ إِجْمَاعِ العُلَمَاءِ، وَاتِّفَاقِ الفُقَهَاءِ ـ أَئِمَّةِ الفَتْوى ـ عَلى جَوَازِ القِرَاضِ حُجَّةٌ كَافِيَةٌ شَافِيَةٌ ـ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

١٣٥٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢، من الكتاب والباب السابقين.

(١) أخرجه الترمذي في الزكاة باب ١٥، بلفظ: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ خطب الناس فقال: ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

٢ ـ باب ما يجوز في القراض

١٣٥٧ ـ قَالَ مَالِكٌ: وَجْهُ القِرَاضِ الْمَعْرُوفِ الْجَائِزِ، أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ الْمَالَ مِنْ صَاحِبِهِ، عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَنَفَقَةُ العَامِلِ فِي الْمَالِ، فِي سَفَرِهِ مِنْ طَعَامِهِ وَكِسْوَتِهِ، وَمَا يُصْلِحُهُ بِالْمَعْرُوفِ، بِقَدْرِ المَالِ إِذَا شَخَصَ[1] فِي الْمَالِ، إِذَا كَانَ المَالُ يَحْمِلُ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ مُقِيماً فِي أَهْلِهِ، فَلا نَفَقَةَ لَهُ مِنَ الْمَالِ، وَلا كِسْوَةَ.

قال أبو عمر: أَمَّا قَولُهُ فِي وَجْهِ القِرَاضِ الجَائِزِ المَعْرُوفِ أَنْ يَأْخذ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ المالَ عَلى أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، وَلا ضَمانَ عَلَيهِ.

وَلا خِلافَ بَينَ العُلمَاءِ أَنَّ المُقَارِضَ مُؤْتمنٌ، لا ضَمَانَ عليهِ فِيمَا يُتْلِفَهُ مِنَ المَالِ مِنْ غَيرِ جناية مِنْهُ [فِيهِ] وَلا اسْتِهْلاكٍ لَهُ، وَلا تضييعٍ، هَذِهِ سَبِيلُ الأَمَانَةِ، وَسَبِيلُ الأُمَنَاءِ.

وَكَذَلِكَ أَجْمَعُوا أَنَّ القِرَاضَ لا يَكُونُ إلا عَلى جُزْءٍ مَعْلُومٍ مِنَ الرِّبْحِ نِصْفاً كَانَ، أو أَقَلَّ، أَوْ أَكْثَرَ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ قَيْسِ بْنِ الرَّبِيعِ، عَنْ أَبِي حُصينٍ، عَنِ الشَّعبيِّ، عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي الله عنه ـ قَال فِي المُضَارَبَةِ: الوَضِيعَةُ عَلى رَبِّ المَالِ، والرِّبْحُ عَلى مَا اصْطَلَحُوا عَلَيهِ.

وَرَواهُ الثَّوْرِيُّ، عَنْ أَبِي حُصينٍ، عَنْ عَلِيٍّ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ قَتَادَةَ، وَابْنِ سِيرِينَ، وَأَبِي قلابَةَ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ، وَجَمَاعَةٍ.

وَلا أَعْلَمُ فِيهِ خِلافاً إلا أَنْ يَشْتَرِطَ رَبُّ المَالِ عَلى العَامِلِ الضَّمَانَ، فَإِنِ اشْتَرَطَ ذَلِكَ عَليهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ: لا يَجُوزُ [ذَلِكَ] القِرَاضُ، ويردُّ إِلى قِرَاضِ مِثْلِهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ: إِلى أُجْرةِ مِثْلِهِ.

وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ: المُقَارَضَةُ جَائِزَةٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ.

وَأَمَّا قَولُهُ: «وَنَفَقَةُ العَامِلِ مِنَ المَالِ فِي سَفَرِهِ.. إِلى آخِرِ كَلامِهِ»، فَإِنَّ الفُقَهاءَ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ:

١٣٥٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣، من كتاب القراض، باب ٢ (ما يجوز في القراض).

(١) إذا شخص: أي إذا سافر.

فَقَالَ مَالِكٌ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهما: يُنْفِقُ العَامِلُ مِنَ المَالِ إِذَا سَافَرَ [وَلَا يَكُونُ حَاضِراً، إلا أنَّ مَالِكاً قَالَ: إِذَا كَانَ المَالُ كَثِيراً، فَحملَ ذَلِكَ، وَنَحو ذَلِكَ.

وَقَالَ الثَّوْرِيُّ: يُنْفِقُ ذَاهِباً] ولا يُنْفِقُ رَاجِعاً.

وَقَالَ اللَّيْثُ [بْنُ سَعْدٍ]: يَتَغَدَّى فِي المَصْرِ، وَلا يَتَعَشَّى.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يُنْفِقُ فِي سَفَرِهِ، وَلا فِي حَضَرِهِ إِلا بِإِذْنِ رَبِّ المَال.

وَقَال أَصْحَابُهُ: فِي المَسْأَلَةِ ثَلاثَةُ أَقْوَالٍ:

أَحَدُها: هَذَا.

وَالآخَرُ: مِثْلُ قَولِ مَالِكٍ.

وَالآخَرُ: يُنْفِقُ فِي المَصْرِ بِقَدرِ [مَا بَيْنَ] نَفَقَةِ السَّفَرِ وَالحَضَرِ.

وَلَهُ فِي قَرْضِ نَفَقَتِهِ قَوْلانِ:

أَحَدُهُما: أَنَّهُ يقْرِضُ لَهُ النَّفَقَةَ.

وَالثَّاني: لا يقرضُ لَهُ، وَيُنْفِقُ هُوَ.

وَالمَشْهُورُ عَنِ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ لا يُنْفِقُ فِي الحَضَرِ.

وَهُوَ قَولُ مَالِكٍ، وَأَبِي حَنِيفَةَ، وَالثَّوْرِيِّ.

وَقَال ابْنُ القَاسِمِ: إِذَا كَانَ لِلْعَامِلِ فِي القِرَاضِ أَهْلٌ فِي البَلَدِ الَّذِي يُسَافِرُ إِلَيْهِ، فَلا نَفَقَةَ لَهُ فِي ذِهَابِهِ، وَلا رُجُوعِهِ.

[وَقَالَ أَشْهَبُ: لَهُ النَّفَقَةُ فِي ذِهَابِهِ، وَرُجُوعِهِ]، وَلا نَفَقَةَ لَهُ فِي مُقَامِهِ عِنْدَ أَهْلِهِ.

وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَولُهُما أَنَّهُ لا نَفَقَةَ لَهُ إِذَا كَانَ مُقِيماً فِي أَهْلِهِ.

وَهُوَ قَولُ مَالِكٍ.

وَقَالَ ابْنُ المواز: قَالَ لِي عَبْدُ الله بْنُ عَبْدِ الحَكَمِ فِي الَّذِي يَأْخُذُ المَالَ بِبَلَدِهِ، وَهُوَ يُرِيدُ الخُرُوجَ إِلى بَلَدٍ آخرَ [فِي حَاجٍ، وَيُرِيدُ بذَلِكَ المَالَ، قَالَ: أَحبُّ إِلَيْنَا أَنْ لا تَكونَ لَهُ نَفَقَةٌ كَالَّذِي يَكُونُ بِغَيْرِ بَلَدِهِ]، فَيَتَجَهَّزُ يُرِيدُ الرُّجوعَ إِلى بَلَدِهِ، فَأَعْطَاهُ [رَجُلٌ] مالا قِرَاضاً، [فَإِنَّهُ لا نَفَقَةَ لَهُ فِيهِ، وَإِنَّما النَّفَقَةُ لِلَّذِي يخرجُ مِنَ [أجل] القِرَاضِ خَاصَّةً، وَكَالَّذِي يَخرجُ إِلى الحجِّ أَنَّهُ لا نَفَقَةَ لَهُ.

قَالَ ابْنُ المواز: وَرَوى ابْنُ القَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي التَّاجِرِ لَهُ المَالُ، وَيَأْخُذُ مَالاً قِرَاضاً]، وَيَخرجُ فِي السَّفَرِ أَنَّهُ لزم القِرَاضَ حِصَّتهُ مِنْ نَفَقَةِ العَامِلِ.

وَقَالَ قَتَادَةُ: النَّفَقَةُ فِي الرِّبْح، وَالرِّبْحُ عَلى مَا اصْطَلَحُوا عَلَيهِ، وَالوَضِيعَةُ فِي المَالِ.

وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ: مَا أنفَقَ المضارِبُ عَلى نَفْسِهِ، فَهُوَ دَيْنٌ عَلَيهِ.

وَقَال إِبْرَاهِيمُ: يَأكُلُ، وَيَلْبسُ بِالمَعْرُوفِ.

وَقَالَ الحَسَنُ: يَأْكُلُ بِالمَعْرُوفِ].

قال أبو عمر: القِيَاسُ عِنْدِي ألا يَأْكُلَ المُقَارِضُ في سَفَرٍ، وَلا حَضَرٍ [وَلا] عَلى أنَّهُ لا يَجُوزُ القِرَاضُ عَلى جُزْءٍ مَجْهُولٍ [مِنَ الرِّبْحِ]، وَهُوَ إِذَا أُطْلِقَ لَهُ الإِنْفَاقُ لَمْ تَكُنْ [لَهُ] حِصَّتُهُ مِنَ الرِّبْحِ، وَلا حِصَّةُ رِبْحِ المَالِ مَعْلُومَة، وَأيضاً فَإِنَّهُ رُبَّما اغْتَرَفَتِ النَّفَقَةُ كَثِيراً مِنَ المَالِ، وَلَمْ يَكُنْ رِبْحٌ.

وَلما أَجْمَعَ الجُمْهُورُ أَنَّهُ لا يُنْفِقُ فِي الحَضَرِ، وَهُو يَتْعَبُ فِي الشِّرَاءِ، وَالبَيْعِ، وَيَنْصَبُ، كَانَ كَذَلِكَ فِي السَّفَرِ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

فَقَالَ مَالِكٌ[1]: وَلا بَأْسَ بِأنْ يُعِينَ المُتَقَارِضَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ عَلى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ، إِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنهمَا.

قال أبو عمر: هَذَا إِذَا كَان عَلى غَيرِ شَرْطٍ فِي عَقْدِ القِرَاضِ، فَإِنِ اشْتَرَطَهُ فَسَدَ عِنْدَ جَمِيعِهِم، وَالعَمَل الخَفِيفُ بِغَيرِ شَرْطٍ.

قَالَ مَالِكٌ: لا يَخْتَلفونَ فِي أَنَّهُ لا بَأسَ بِهِ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: وَلا بَأْسَ بِأنْ يَشْتَرِي رَبُّ الْمَالِ مِمَّنْ قَارَضَه بَعْضَ مَا يَشْتَرِي مِنَ السِّلَعِ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ صَحِيحاً، عَلَى غَيْرِ شَرْطٍ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ أيضاً:

فَقَالَ مَالِكٌ فِي المُضَارِبِ يَبْتَاعُ مِنْ رَبّ المَالِ: لا يُعْجِبُنِي؛ لأنَّها إِنْ صَحَّتْ مِنْ هَذَيْنِ أخَافُ ألا تَصِحَّ مِنْ غَيْرِهِما مِمَّنْ يُقَارِضُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: ذَلِكَ جَائِزٌ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَ مِمَّا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، فَلا بَأْسَ بِهِ، وَالبَيْعُ مِنْهُ كَالشِّرَاءِ عِنْدَهُم [سَوَاءٌ].

قَالَ مَالِكٌ[3]، فِيمَنْ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ وَإِلى غُلام لَهُ مَالاً قِرَاضاً، يَعْمَلانِ فِيهِ جَمِيعاً: إِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ، لا بَأْسَ بِهِ؛ لأنَّ الرِّبْحَ مَالٌ لِغُلامِهِ، لا يَكُونُ الرِّبْحُ لِلسَّيِّدِ، حَتَّى يَنْتَزِعَهُ مِنْهُ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ غَيْرِهِ مِنْ كَسْبِهِ.

---

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ٣، من كتاب القراض، باب ٢ (ما يجوز في القراض)، ص٦٨٨.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

(٣) الموطأ، بعد الحديث رقم ٣، من كتاب القراض باب ٢ (ما يجوز في القراض) ص٦٨٩.

وَهذِهِ أيضاً اخْتُلِفَ فِيها، فَقَالَ مَالِكٌ فِي المُوَّطأ ما ذَكَرْنَا، ورَوَى عَنْهُ ابْنُ القَاسِمِ وَغَيرهُ ذَلِكَ المَعْنى.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، وَأبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحَابُهما: إِذَا شَرطَ لِلْعَامِلِ ثُلثَ الرِّبْحِ وَلِرَبِّ المَالِ ثُلثَ الرِّبْحِ، وَلِعَبْدِ رَبِّ المَالِ ثُلثَ الرِّبْحِ عَلى أنْ يَعْمَلَ العَبْدُ مَعَهُ كَانَ ذَلِكَ جَائِزاً، فَكَانَ لِرَبِّ المَالِ الثُّلثانِ، وَلِلْعَامِلِ الثُّلثُ.

قال أبو عمر: هَذَا عَلى أصْلِهِما فِي العَبْدِ لا يَملِكُ شَيْئاً.

وَقولُ مَالِكٍ عَلى أصْلِهِ في أنَّ العَبْدَ يَصِحُّ مِلْكُهُ؛ لِمَا بِيَدِهِ مِنَ المالِ مَا لَمْ يَنْتَزِعْهُ [مِنْهُ] سَيِّدُهُ.

وَقَدْ مَضى القَولُ فِي هَذِهِ المَسْألَةِ في مَوْضِعِها.

وقَالَ اللَّيْثُ: لا بَأْسَ أنْ يَشْتَرِطَ رَبُّ المَالِ عَمَلَ عَبْدِهِ مَعَ العَامِلِ فِي المَالِ، وَلا يَجُوزُ لَهُ أنْ يشْتَرطَ عَمَل عَبْدِ المُضَارِبِ شَهْراً أو أقلَّ، أو أكْثَرَ كَانَ لَهُ أجْرُ مثْلِهِ، وَالقِرَاضُ عَلى حَالِهِ.

٣ ـ باب ما لا يجوز في القراض

١٣٥٨ ـ قَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ، فَسَألَهُ أنْ يُقِرَّهُ عِنْدَهُ قِرَاضاً؛ إنَّ ذَلِكَ يُكْرَهُ حَتَّى يَقْبِضَ مَالَهُ، ثُمَّ يُقَارِضُهُ بَعْدُ، أوْ يُمْسِكُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَخَافَةَ أنْ يَكُونَ أعْسَرَ بِمَالِهِ، فَهُوَ يُرِيدُ أنْ يُؤَخِّرَ ذَلِكَ، عَلَى أنْ يَزِيدَهُ فِيهِ.

قال أبو عمر: قَدْ بَيَّنَ مَالِكٌ العِلَّةَ عِنْدَهُ فِي كَرَاهَةِ مَا كَرِهَ مِنَ القِرَاضِ بِدَيْنٍ عَلى العَامِلِ.

وَكَذَلِكَ لا يَجُوزُ أنْ يَقُولَ [الرَّجُلُ] لِلرَّجُلِ: اقْبِضْ مَالِي عَلى زيدٍ مِنَ الدَّيْنِ، واعْملْ بِهِ قِرَاضاً، وَهُوَ عِنْدَهُ قِرَاضٌ فَاسِدٌ؛ لأنَّه ازْدَادَ عَلَيهِ فِيمَا كَلفَهُ مِنْ قَبْضِهِ.

وقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ أنْ يَقُولَ لِغَرِيمِهِ: اعْمَلْ بِمَالِي عَلَيكَ مِنَ المَالِ قِرَاضاً؛ لأنَّ مَا فِي الذِّمَّةِ لا يَعُودُ أمَانَةً [حَتَّى يَقْبِضَ الدَّيْنَ، ثُمَّ يَصْرِفَهُ عَلى وَجْهِ الأمَانَةِ] وَلا يَبْرَأُ الغَرِيمُ بما عَلَيهِ إلا بِإِبْرَائِهِ، أو القَبْضِ مِنْهُ أو الهِبَةِ لَهُ.

وَقَولُ أبي حَنِيفَةَ فِي ذَلِكَ نَحو قَولِ الشَّافِعِيِّ.

وَاخْتَلَفُوا فِي أنَّ عَمَلَ الَّذِي عَلَيهِ الدَّيْنُ بِما عَلَيهِ قِرَاضاً بَعْدَ اتِّفَاقِهِم أنَّهُ لا يَصْلُحُ القِرَاضُ فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَا اشْتَرَى وَبَاعَ، فَهُوَ لِلْعَامِلِ المديانِ لَهُ رِبحُهُ وَخسَارَتُهُ.

١٣٥٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤، من كتاب القراض، باب ٣ (ما لا يجوز في القراض).

وَهُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَالِكٍ، وَابْنِ القَاسِمِ.

وَلِصَاحِبِ الدَّيْنِ دَينُهُ [عَلى] مَا كَانَ.

وَقَالَ أبُو [يُوسُفَ]، وَمُحَمَّدٌ: مَا اشْتَرى، وَبَاعَ، فَهُوَ لِلآمِرِ رَبِّ الدَّيْنِ وَلِلْغَرِيمِ المُضَارِبِ أَجْرُهُ.

وَهُوَ قَولُ أَشْهَبَ.

وَأَصْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبِي يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٍ فِي المَدِينِ يَأْمُرُهُ رَبُّ الدَّيْنِ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ فِيهِ شَيْئاً بِعَيْنِهِ أَنَّهُ يبرأ مِنْ دَيْنِهِ إِذَا اشْتَرَاهُ لَهُ، وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ شَيْئاً بِغَيرِ عَيْنِهِ إِنْهُ لا يَبْرَأُ حَتَّى يَقْبِضَ الآمِرُ الشَّيْءَ المُشْتَرى.

وَأَجَازَ الشَّافِعِيُّ، والكُوفِيُّ، إِذَا قَالَ لَهُ اقْبِضْ مَالِي عَلى فُلانٍ، وَاعْمَلْ بِهِ قِرَاضاً أَنْ يَكُونَ [لَهُ] قِرَاضاً إِذَا قَبَضَهُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ لَهُ قَبْضَ المَالِ شَرْطاً فِي المُضَارَبَةِ، وَإِنَّما وَكَّلَهُ بِقَبْضِهِ، فَإِذَا حَصلَ بِيَدِهِ كَانَ مُضَارَبَةً.

وَاخْتَلَفَ قَولُ ابْنِ القَاسِمِ، وَأَشْهَبَ فِي الَّذِي لَهُ الوَدِيعَةُ [يَقُولُ] لِلَّذِي هِيَ عِنْدَهُ: اعْمَلْ بِهِ قِرَاضاً، فَكَرِهَهُ ابْنُ القَاسِمِ، وَلَمْ يُجِزْهُ.

وَكَرِهَهُ أَشْهَبُ، وَأَجَازَهُ إِذَا وقَعَ.

وَقَالَ ابْنُ الموازِ: لا بَأْسَ بِهِ.

وَهُوَ قَولُ سَائِرِ الفُقَهاءِ؛ لأَنَّها أَمَانَةٌ كُلُّها.

قَالَ مَالِكٌ[1]، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَهَلَكَ بَعْضُهُ قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، ثُمَّ عَمِلَ فِيهِ فَرَبِحَ، فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَ رَأْسَ الْمَالِ بَقِيَّةَ الْمَالِ بعدَ الَّذِي هَلَكَ مِنْهُ، قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ. قَالَ مَالِكٌ: لا يُقْبَلُ قَوْلُهُ، وَيُجْبَرُ رَأْسُ الْمَالِ مِنْ رِبْحِهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِي بَعْدَ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى شَرْطِهِمَا مِنَ الْقِرَاضِ.

قال أبو عمر: [لَمْ يقبلْ قَولَه] فَكَذَلِكَ أَلْزَمَهُ أَنْ يَجْبُرَ رَأْسَ المَالِ.

وَهَذَا يدُلُّ على أَنَّهِ لَو قَبِلَ قَولَهُ، وَصَحَّ أَنَّ بَعْضَ المَالِ تلفَ قَبْلَ أَنْ يَشرَعَ فِي العَمَلِ [بِهِ]، لَمْ يَكُنْ رَأْسُ المَالِ إلا الَّذِي بَقِيَ بَعْدَ البَاقِي.

وَفِي «المُدَوَّنَةِ» فِي الرَّجُلِ العَامِلِ يَخسُر فِي المَالِ، ثُمَّ يجبرُ رَبَّهُ، فَيصدقُهُ، وَيَقُولُ لَهُ: خُذْ مَا بَقِيَ عِنْدَكَ [مَالاً] قِرَاضاً، وَاسْتَأْنِفِ العَمَلَ، فَيَعْمَلُ على ذَلِكَ، وَيَرْبَحُ.

---

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ٤، من كتاب القراض باب ٣ (ما لا يجوز من القراض)، ص٦٨٩.

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: لَيْسَ قَوْلُهُ بِشَيْءٍ حَتَّى يُفَاصِلَهُ، وَيَقْبِضَ مِنْهُ مَالَهُ وينقطع القِراضَ الأوَّلَ بَيْنَهُما، [ثُمَّ يردُهُ إليهِ] قِراضاً ثانياً، [وَإلا] فَهُوَ عَلى القِرَاضِ الأوَّلِ، وَيجبرُ الخسَارَة مِنَ الرِّبْحِ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ بَلَغَنِي عَنْ مَالِكٍ.

وَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ، قَالَ أصْحَابُ مَالِكٍ [كُلُّهُم]: عَلى أنَّهُ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ القَوْلُ، وَيَكُون رَأْسُ المَالَ مَا ذكرَ وَمَا رَضِيَ بِهِ مِنْ ذَلِكَ.

وَرَوى عِيسى [بْنُ دِينارٍ] أنَّ أشْهَبَ كَانَ يَقُولُ الَّذِي أسْقطَ عَنْهُ ساقطٌ، وَالبَاقِي هُو رَأْسُ المَالِ.

قَالَ عِيسى: وَهُوَ أحَبُّ إليَّ.

قال أبو عمر: مَسْألَةُ مَالِكٍ فِي هَذَا البَابِ مِنَ «المُوَطَّأ» أولى بِهَذَا الجَوَابِ.

وَعَليهِ جُمْهُورُ الفُقَهاءِ، وَهُوَ الصَّوَابُ ـ إنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: لا يَصْلُحُ الْقِرَاضُ إلا فِي العَيْنِ مِنَ الذَّهَبِ أو الْوَرَقِ وَلا يَكُونُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعُرُوضِ وَالسِّلَعِ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ الفُقَهَاءُ فِي صِفَةِ المَالِ الَّذِي يَجُوزُ بِهِ القِرَاضُ: فَقَال مَالِكٌ فِي «الموَطَّإ» مَا ذَكَرْنَاهُ.

وَزَادَ فِي غَيْرِهِ: وَلا بِالفلُوسِ.

وَقَولُ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ كُلِّه كَقَولِ اللَّيْثِ، وَالثَّوْرِيّ، وَالشَّافِعِيّ، وَأبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ ابْنُ أبِي ليلى: يَجُوزُ القِرَاضُ بِالعُرُوضِ.

وَقَالَ: إذَا دَفَعَ إليهِ ثَوباً عَلى أنْ يَبِيعَهُ، فَمَا كَانَ مِنْ رِبْحٍ، فَبَيْنَهُما نِصْفَيْنِ، أو أعْطَاهُ دَاراً بَيْنَهُما، وَيُؤَاجِرُها عَلى أنَّ أجْرَها بَيْنَهُما نِصْفَيْنِ جَازَ، وَالأجْرُ، والرِّبْحُ بَيْنَهُما نِصْفَيْنِ.

قَالَ: وَهَذَا بِمَنْزِلَةِ الأرْضِ المُزارعةِ.

[وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ: يَجُوزُ القِرَاضُ بِالفُلُوسِ، كَالنَّفَقَةِ بِالدَّنَانِيرِ، وَالدَّرَاهِمِ.

قال أبو عمر: القِرَاضُ] بِالمَجْهُولِ لا يَجُوزُ عِنْدَ جَمِيعَهم، وَكَذَلِكَ لا يَجُوزُ عِنْدَهُم أنْ يَؤْخَذَ الرِّبْحُ [إلا] بَعْدَ حُضَورِ رَأْسِ المَالِ، فلمَّا كَانَت العُرُوضُ تَخْتَلِفُ

---

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ٤، من كتاب القراض باب ٣ (ما لا يجوز من القراض) ص٦٨٩.

قيامُهَا، وأثْمَانُها عَادَ القِرَاض إلى جهلِ رَأْسِ المَالِ، وَإلى جَهلِ الرِّبْحِ أيضاً، فَفَسَدَ القِرَاضُ عَلى ذَلِكَ.

وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ جَمِيعِهِم أنْ يَقُولَ: [بِعْ عَبْدَكَ الَّذِي لَكَ أنْ تَبِيعَهُ بِهِ ثَمَناً لِسِعِي هَذِهِ؛ لأنَّ ذَلِكَ مَجْهُولٌ، وَجَائِزٌ عِنْدَهُم أنْ يَقُولَ]: اشْتَرِ لِي بِدَرَاهِمِكَ هذِهِ عَبْداً [بِعَيْنِهِ]، فَكَذَلِكَ جَازَ القِرَاضُ بِالعَيْنِ، وَلَمْ يَجُزْ بِالعُرُوضِ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

وَاخْتَلفُوا فِي القِرَاضِ بِنَقْدِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ:

فَرَوى أشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ، قَالَ: يَجُوزُ القِرَاضُ بِالنَّقْدِ مِنَ الذَّهَبِ، وَالفِضَّةِ؛ لأنَّ النَّاسَ قَدْ تَقَارَضُوا قَبْلَ أنْ يُضْرَبَ الذَّهَبُ، وَالفِضَّةُ.

[قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: سَمِعْتُ أنَّ مَالكاً يُسهلُ فِي القِرَاضِ بِنَقْدِ الذَّهَبِ، وَالفِضَّةِ]، ولا يَجُوزُ القِرَاضُ بِالمَصُوغِ.

وَقَدْ رَوى عَنْهُ ابْنُ القَاسِمِ أيضاً كَرَاهِيَةَ القِرَاضِ بِنَقْدِ الذَّهَبِ، وَالفِضَّةِ، [وَيُجِيزُهُ] فِي «المُدَوَّنَةِ»، «وَالعُتبِيَّةِ».

وَزَادَ فِي «العُتبِيَّةِ»: فَإنْ نَزَلَ ذَلِكَ لَمْ يفسخْ، وَبعدَ عَلى مَا شَرَطَ من الرِّبْح.

وَقَالَ اللَّيْثُ: لا يَجُوزُ القَراضُ بِالنَّقْدِ، وَلا يَجُوزُ إلا ثَمناً قِبَلَ الذَّهَبِ، وَالفضَّةِ.

وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، والكُوفيِّ.

وَرَوى يَحْيَى عَنِ ابْنِ القَاسِمِ: إنْ كَانَ ذَلِكَ فِي بَلَدٍ يُجِيزُ فِيهِ الذَّهَبَ وَالفِضَّةَ غَيرَ مَضْرُوبين، فَلا بَأسَ، وَإنْ كَانَ [ذَلِكَ] بِبَلَدٍ لا يجزىءُ ذَلِكَ فِيهِ، فَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَإذَا تَفَاضَلا رَدَّ مِثْلَ وَزْنِ ذَلِكَ فِي طيبهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِي.

وَاخْتَلَفَ ابْنُ القَاسِمِ، وَأَشْهَبُ فِي القِرَاضِ بِالفلُوسِ: فَأجَازَهُ أشْهَبُ، وَلَمْ يُجِزْهُ ابْنُ القَاسِمِ، قَالَ: لأنَّها تَحولُ إلى الفَسَادِ وَالكَسَادِ.

مسألة: وَقَعَتْ فِي هَذَا [البَابِ] مِنْ رِوَايَةِ يَحيى فِي «المُوَطَّإِ»:

قَالَ مَالِكٌ[1]: وَمِنَ البُيُوعِ، ما يَجُوزُ إذَا تَفَاوَتَ أمْرُهُ وَتَفَاحَشَ رَدُّهُ. فَأَمَّا الرِّبَا، فإنَّهُ لا يَكُونُ فِيهِ إلا الرَّدُّ أبَداً، وَلا يَجُوزُ مِنْهُ قَلِيلٌ وَلا كَثِيرٌ، ولا يَجُوزُ فِيهِ مَا يَجُوزُ فِي غَيْرِهِ؛ لأنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩].

قال أبو عمر: هَذَا قَولٌ صَحِيحٌ فِي النَّظَرِ، وَصَحِيحٌ مِنْ جِهَةِ الأثَرِ، فَمَنْ قَادَهُ،

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ٤، من كتاب القراض، باب ٣ (ما لا يجوز في القراض) ص٦٨٩.

وَلَمْ يَضْطَرِبْ فِيهِ، فَهُوَ الخيرُ الفَقِيهُ، [وَمَا التَّوْفِيقُ إلا بِاللَّهِ، عَليهِ تَوَكَّلْتُ، وَهُوَ رَبُّ العَرْشِ العَظِيمُ].

٤ ـ باب ما يجوز من الشرط في القراض

١٣٥٩ ـ قالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لا تَشْتَرِيَ بِمَالي إلا سِلْعَةَ كَذَا وَكَذَا، أَوْ يَنْهَاهُ أَنْ يَشْتَرِي سِلْعَةً بِاسْمِهَا.

قَالَ مَالِكٌ: مَنِ اشْتَرَطَ عَلَى مَنْ قَارَضَ أَنْ لا يَشْتَرِي حَيَواناً أَوْ سِلْعَةً بِاسْمِهَا، فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَمَنِ اشْتَرَطَ عَلَى مَنْ قَارَضَ أَنْ لا يَشْتَرِي إلا سِلْعَةَ كَذَا وكَذَا، فَإِنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ، إلا أَنْ تَكُونَ السِّلْعَةُ، الَّتِي أَمَرَهُ أَنْ لا يَشْتَرِي غَيْرَهَا، كَثِيرَةً مَوْجُودَةً. لا تُخْلِفُ فِي شِتَاءٍ وَلا صَيْفٍ، فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ الفُقَهَاءُ فِي المُقَارِضِ يَشْتَرِطُ عَليهِ رَبُّ المَالِ خُصُوصَ التَّصَرُّفِ.

فَقولُ مَالِكٍ مَا وَصَفْنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَهُ، وَيَشْتَرِطَ عَلَيْهِ، إلا [أَنْ لا] يَشْتَرِيَ إلا مِنْ فُلان، [أو] إلا سِلْعَةً وَاحِدَةً بِعَيْنِها، أو يَشْتَرِي نَخْلاً، أو دَوَابّاً، فَإِنْ فَعَلَ [ذَلِكَ]، فَذَلكَ كُلُّهُ فَاسِدٌ.

وَإِنِ اشْتَرَطَ أَنْ يَشْتَرِيَ صِنْفاً [مَوْجُوداً] فِي الشِّتَاءِ، وَالصَّيْفِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا اشْترطَ عَلى المُقَارِضِ ألا يَشْتَرِيَ [إلا مِنْ فُلانٍ] إلا الرَّقِيقَ أو عَلى أَنْ لا يَبِيعَ، وَلا يَشْتَرِيَ إلا بِالكُوفَةِ [كَانَ ذَلِكَ] عَلى مَا شَرَطَ وَلا يَنْبَغِي أَنْ يَتَجَاوَزَهُ، فَإِنْ تَعَدَّاهُ ضمنَ.

قال أبو عمر: قَولُ مَالِكٍ ـ رَحِمهُ اللَّهُ ـ فِي هَذَا البَابِ أَعْدَلُ الأَقَاوِيلِ، وَأَوْسَطُها؛ لأَنَّهُ إِذَا قَصرَ العَامِلُ عَلى مَا لا يُوجَدُ إلا نَادِراً غبّاً، فَقَدْ حَالَ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ التَّصَرُّفِ، وَهَذَا عِنْدَ الجَمِيعِ فَسَادٌ [في عَقْدِ] القِرَاضِ، وَإِذَا أَطْلَعَهُ عَلى صِنْفٍ مَوْجُودٍ لا يَعْدمُ، فَلَمْ يَحُلْ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ التَّصَرُّفِ.

[وَمَذْهَبُ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ فِي هَذَا البَابِ سَوَاءٌ.

وَمَنِ اشْتَرَطَ عِنْدَهُما عَلى العَامِلِ فِي القِرَاضِ] أَلا يَشْتَرِي إلا سِلْعَةً بِعَيْنِها ـ يَعْنِي ـ عَيْنَ صِنْفٍ، أو أَلا يَشْتَرِيَ إلا مِنْ فُلانٍ أو يوقتُ فِي القِرَاضِ وَقْتاً، وَيضْربُ لَهُ أَجَلاً، فَالقِرَاضُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ فَاسِدٌ.

١٣٥٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥، من كتاب القراض، باب ٤ (ما يجوز من الشرط في القراض).

وَسَيَأْتِي حُكْمُ القِرَاضِ الفَاسِدِ فِي مَوْضِعِهِ ـ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِيهِ شَيْئاً مِنَ الرِّبْحِ، خَالِصاً دُونَ صَاحِبِهِ: فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ، وَإِنْ كَانَ دِرْهَماً وَاحِداً، إلا أنْ يَشْتَرِطَ نِصْفَ الرِّبْحِ لَهُ، وَنِصْفَهُ لِصَاحِبِهِ، أو ثُلُثَهُ أَوْ رُبُعَهُ، أو أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ، فَإِذَا سَمَّى شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ، قَلِيلاً أَوْ كَثِيراً، فَإِنَّ كُلَّ شَيْءٍ سَمَّى مِنْ ذَلِكَ حَلالٌ، وَهُوَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ.

قَالَ: وَلَكِنْ إِنِ اشْتَرَطَ أَنَّ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ دِرْهَماً وَاحِداً، فَمَا فَوْقَهُ، خَالِصاً لَهُ دونَ صَاحِبِهِ، وَما بَقِيَ مِنَ الرِّبْحِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ، وَلَيْسَ عَلَى ذَلِكَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ.

قال أبو عمر: لا أَعْلَمُ خِلافاً أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَطَ [العَامِلُ]، أو رَبُّ المَالِ عَلى صَاحِبِهِ شَيْئاً يَخْتَصُّ بِهِ مِنَ الرِّبْحِ مَعْلُوماً دِينَاراً، أو دِرْهَماً، أو نَحْوَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَكُونُ البَاقِي [فِي الرِّبْحِ] بَيْنَهُما نِصْفَيْنِ، أو عَلى ثُلُثٍ أو رُبعٍ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَجُوزُ؛ لأَنَّهُ يَصيرُ النَّصِيبُ لِتِلكَ الزِّيَادَةِ مَجْهولاً، وَلا يَجُوزُ عِنْدَ جَميعِهِم ذَلِكَ؛ لأَنَّ الأَصْلَ فِي القِرَاضِ ألا يَجُوزَ إلا عَلى نَصِيبٍ مَعْلُومٍ، وَلا تخالفَ بِهِ سُنَّةٌ، وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ.

٥ ـ باب ما لا يجوز من الشرط في القراض

١٣٦٠ ـ قَالَ مَالِكٌ: لا يَنْبَغِي لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ شَيْئاً مِنَ الرِّبْحِ خَالِصاً دُونَ الْعَامِلِ، وَلا يَنْبَغِي لِلْعَامِلِ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ شَيْئاً مِنَ الرِّبْحِ خَالِصاً دُونَ صَاحِبِهِ، وَلا يَكُونُ مَعَ الْقِرَاضِ بَيْعٌ، وَلا كِرَاءٌ، وَلا عَمَلٌ، وَلا سَلَفٌ، وَلا مِرْفَقٌ، يَشْتَرِطُهُ أَحَدُهُمَا لِنَفْسِهِ دُونَ صَاحِبِهِ إلا أَنْ يُعِينَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى غَيْرِ شَرْطٍ، عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ، إِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُمَا، وَلا يَنْبَغِي لِلْمُتَقَارِضَيْنِ أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ زِيَادَةً، مِنْ ذَهَبٍ وَلا فِضّةٍ وَلا طَعَامٍ ولا شَيْءٍ من الأشياءِ، يزدادُهُ أحدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ، قَالَ: فَإِنْ دَخَلَ الْقِرَاضَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، صارَ إِجَارَةً، ولا تَصْلُحُ الإِجَارَةُ إلا بِشَيءٍ ثَابِتٍ مَعْلُوم، وَلا يَنْبَغِي لِلَّذِي أَخَذَ الْمَالَ أَنْ يَشْتَرِطَ، مَعَ أَخْذِهِ الْمَالَ أَنْ يكافىءَ، ولا يُولّي مِنْ سِلْعَتِهِ أحداً، ولا يَتولَّى مِنْهَا شَيْئاً لنفسِهِ فإذا أَوْفَرَ المالُ، وَحَصَلَ عَزْلُ رَأْسِ الْمَالِ، ثُمَّ اقْتَسَمَا الرِّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِ

---

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ٥، من كتاب القراض، باب ٤ (ما يجوز من الشرط في القراض) ص٦٩٠.

١٣٦٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ٦، من كتاب القراض، باب ٥ (ما لا يجوز من الشرط في القراض).

رِبْحٌ، أو دَخَلَتْهُ وَضِيعَةٌ لَمْ يَلْحَقِ الْعَامِلَ مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ، لا مِمَّا أنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ، وَلا مِنَ الْوَضِيعَةِ، وَذَلِكَ عَلَى ربِّ الْمَالِ فِي مَالِهِ، وَالْقِرَاضُ جَائزٌ عَلَى مَا تَرَاضَى عَلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ وَالْعَامِلِ، مِنْ نِصْفِ الرِّبْحِ، أَوْ ثُلُثِهِ، أَوْ رُبعِهِ أو أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ أَكْثَرَ.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ مَعْنَى هَذَا البَابِ كُلِّهِ وَاضِحاً فِيمَا مَضى مِنْ كِتَابِ القِرَاضِ فِي البَابِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا، أو فِيمَا قَبْلَهُ.

وَلا يَجوزُ مِنَ الشَّرْطِ فِي القِرَاضِ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ أشْياءُ كَثِيرَةٌ.

فَمِنْها: أنْ يَزْدَادَ أَحَدُ المُتَقَارِضَيْنِ عَلى صَاحِبِهِ زِيَادَةً عَلى الحِصَّةِ الَّتِي تَعَامَلا عَلَيها مِنَ الرِّبْحِ عَلَى مَا ذَكَرَ مَالِكٌ فِي هَذَا البَابِ، وَفِي الَّذِي قَبْلَهُ.

وَمِنْها: أنْ يُعْطِيَهُ المَالَ قِرَاضاً عَلى الضَّمَانِ، أو عَلى أنْ يَعْمَلَ بِهِ إِلى أجَلٍ أو يدْفَع إِلِيهِ المَالَ عَلى قِرَاضٍ مِنْهُ، أو يَشْترطَ عَليهِ ألا يَشْتَرِيَ إلا مِنْ فُلانٍ، أو مِنْ مَتَاعِ فُلانٍ، أو مِنْ عَمَلِ فُلانٍ، أو عَلى ألا يَتَحَرَّى إلا فِي حَانُوتٍ بِعَيْنِهِ، أو عَلى أنْ يَشْتَرِيَ بِهِ سِلْعَةً غَيْرَ مَوْجُودَةٍ فِي الأغْلَبِ تخلفُ فِي شِتَاءٍ، أو فِي صَيْفٍ، أو عَلى أنْ يُسَلِّفَ أَحَدُهما صَاحِبَهُ سَلَفاً، أو عَلى أنْ يَبِيعَ أَحَدُهُما مِنْ صَاحِبِهِ سِلْعَةً، أو يَهَبَ لَهُ هِبَةً، أو عَلى أنْ [لا] ينفقَ مِنْهُ إنْ سَافَرَ، أو عَلى أنْ يَضعَ عَنْهُ نِصْفَ النَّفَقَةِ، أو عَلى أنْ يُنْفِقَ، وَلا يَكْتَسِيَ، أو عَلى أنْ يَكْتَسِيَ وَلا يُنْفِقَ، أو عَلى أنْ يَدْفَعَ إِليهِ مالين أَحَدهما عَلى النِّصْفِ، والآخرَ عَلى الثُّلثِ، أو عَلى أنْ [لا] يَخلطَهما، أو عَلى أنْ يَجْعَلَ مَعَهُ حَافِظاً يَحْفَظُ عَلَيهِ، أو غُلاماً، أو وَلَداً يُعلمهُ لَهُ، أو عَلى أنْ يَشْتَرِطَ زَكَاةَ الرِّبْحِ فِي المَالِ، وَزَكَاةَ المَالِ فِي الرِّبْحِ، أو عَلى أنْ يَبْتَاعَ بالمَالِ دَوَابَّ يَطْلُبُ نَسْلَها، أو شَجَراً يَطْلُبُ ثَمْرَتَها، أو عَلى أن يَشْتَرِيَ بِالمَالِ سِلْعَةً يَخرجُ بِها إِلى بَلَدٍ [يَبيعُها بِهِ]، أو يقدمُ بِها مِنَ البَلَدِ الَّذِي ابْتَاعَها فِيهِ.

وَمِنْ هَذِهِ الوَجُوهِ مَا [قَدِ] اخْتَلَفَ فِيهِ أصْحَابُ مَالِكٍ، وَغَيرُهُم مِنَ العُلَماءِ.

وَمِنْها مَا يردُّ إِلى قِرَاضِ مِثْلِهِ إنْ وَقَعَ.

وَمِنْها مَا يَردُّ إِلى أُجْرَة مِثْلِهِ.

نَذْكُرُ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ مَا حَضرنَا ذِكْرُهُ [بِعَونِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى] بَعْدَ ذِكْرِنا مَا رَسَمَهُ مَالِكٌ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ فِي هَذَا البَابِ:

قَالَ مَالِكٌ[1]: لا يَجُوزُ لِلَّذِي يَأْخُذُ الْمَالَ قِرَاضاً أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ سِنِينَ لا

---

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ٦، من كتاب القراض، باب ٥ (ما لا يجوز من الشرط في القراض) ص٦٩١، ٦٩٢.

يُنْزَعُ مِنْهُ، قَالَ: وَلا يَصْلُحُ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّكَ لا تَرُدُّهُ إِلَيَّ سِنِينَ، لأَجَلٍ يُسَمِّيَانِهِ، لأَنَّ الْقِرَاضَ لا يَكُونُ إِلى أَجَلٍ، وَلكِنْ يَدْفَعُ رَبُّ الْمَالِ مَالَهُ إِلى الَّذِي يَعْمَلُ لَهُ فِيهِ، فَإِنْ بَدَا لأَحَدِهِما أَنْ يَتْرُكَ ذَلِكَ، وَالْمَالُ نَاضٌّ لَمْ يَشْتَرِ بِهِ شَيْئاً، تَرَكَهُ، وَأَخَذَ صَاحِبُ الْمَالِ مَالَهُ، وَإِنْ بَدَا لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يَقْبِضَهُ، بَعْدَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ سِلْعَةً، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ، حَتَّى يُبَاعَ الْمَتَاعُ وَيَصِير عَيْناً، فَإِنْ بَدَا لِلْعَامِلِ أَنْ يَرُدَّهُ، وَهُوَ عَرَضٌ، لَمْ يَكُنْ لَهُ، حَتَّى يَبِيعَهُ، فَيَرُدَّهُ عَيْناً كَمَا أَخَذَهُ.

قال أبو عمر: أَمَّا القِرَاضُ إِلى أَجَلٍ، فَلا يَجُوزُ عِنْدَ الجَمِيعِ، لا إِلى [سَنَةٍ، وَلا إِلى]، سِنِينَ مَعْلُومَةٍ، وَلا إِلى أَجَلٍ مِنَ الآجَالِ، فَإِنْ وَقَعَ فسخ مَا لَمْ يَشْرعِ العَامِلُ فِي الشِّرَاءِ بِالمَالِ، فَإِنْ كَانَ ذَلكَ مَضى، وردَّ إلى قِرَاضِ مِثْلِهِ، [عِنْدَ مَالِكٍ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَيُرَدُّ عِنْدَهُ إِلى أُجْرَةِ مِثْلِهِ] وَكَذَلِكَ كُلُّ قِرَاضٍ فَاسِد.

هَذَا قولُهُ، وَقولُ [عَبْدِ العَزِيزِ] بْنِ [أَبِي سَلَمَةَ] المَاجشونِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ، فَقَالَ فِي المُضَارَبَةِ إِلى أَجَلٍ أَنَّها جَائِزَةٌ إِلا أَنْ يَتَفَاسَخَا.

وَأَجْمَعُوا أَنَّ القِرَاضَ لَيْسَ عَقْداً لازِماً، وَأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما أَنْ يَبْدُوَ لَهُ فِيهِ، وَيَفسخَهُ مَا لَمْ يَشْرَعِ العَامِلُ فِي العَمَلِ بِهِ بِالمَالِ، وَيَشْتَرِي بِهِ مَتَاعاً، أو سِلَعاً، فَإِنْ فَعَلَ لَمْ يَفسَخْ حَتَّى يَعُودَ المَالُ نَاضاً عَيْناً، كَمَا أَخَذَهُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: وَلا يَصْلُحُ لِمَنْ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ الزَّكَاةَ فِي حِصَّتِهِ مِنَ الرِّبْحِ خَاصَّةً، لأَنَّ رَبَّ الْمَالِ، إِذَا اشْتَرَطَ ذَلِكَ، فَقَدِ اشْتَرَطَ لِنَفْسِهِ، فَضْلاً مِنَ الرِّبْحِ ثَابِتاً، فِيمَا سَقَطَ عَنْهُ مِنْ حصَّةِ الزَّكَاةِ، الَّتِي تُصِيبُهُ مِنْ حِصَّتِهِ.

قال أبو عمر: هَذَا قَولُ الشَّافِعِيِّ؛ لأَنَّهُ يَعُودُ إِلى أَنْ تَكُونَ حِصَّةُ العَامِلِ، وَرَبِّ المَالِ مَجْهُولَةً؛ لأَنَّهُ لا يَدْرِي لِمَنْ يَكونُ المَالُ فِي حِينِ وُجُوبِ الزَّكَاةِ؛ لأَنَّهُ قَدْ يُمْكِنُ أَنْ يَتْوَى كُلُّهُ أَو بَعْضُهُ بِالخسارَةِ، أَو آفاتِ الدَّهْرِ.

وفي «المُدونَةِ» قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: جَائِزٌ أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهما على صَاحِبِهِ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ زَكَاةُ الرِّبْحِ؛ لأَنَّهُ يَرجعُ إِلى نَصِيبٍ مَعْرُوفٍ.

وَفِي «الأَسديَّةِ» عَنِ ابْنِ القَاسِمِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ العَامِلُ عَلى رَبِّ المَالِ زَكَاةَ الرِّبْحِ، كَمَا لا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيهِ زَكَاةَ المَالِ.

وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ لا يَجُوزُ.

---

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ٦، من كتاب القراض باب ٥ (ما لا يجوز من الشرط في القراض)، ص٦٩٢.

وَقَالَ أَشْهَبُ: هُوَ جَائِزٌ؛ لأَنَّهُ يَعُودُ [إلى] الأجْرَاءِ.

قال أبو عمر: هَذَا فِي زَكَاةِ الرِّبْحِ، لا فِي زَكَاةِ المَالِ.

قَالَ مَالِكٌ(١): وَلا يَجُوزُ لِرَجُلٍ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى مَنْ قَارَضَهُ، أَنْ لا يَشْتَرِيَ إلا مِنْ فُلانٍ، لِرَجُلٍ يُسَمِّيهِ، فَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ لَهُ أَجِيراً بِأَجْرٍ لَيْسَ بِمَعْرُوفٍ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ القَولُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ.

وَقَدِ اتَّفَقَ الشَّافِعِيُّ، وَمَالِكٌ أَنَّ العَامِلَ إِذَا عَمَلَ عَلى ذَلِكَ ردَّ إِلى أجْر مِثْلِهِ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ أَصْحَابُ] مَالِكٍ فِيمَا يردُّ فِي القِرَاضِ الفَاسِدِ إِلى قِرَاضِ المِثْلِ، وَما يردُّ مِنْهُ إِلى أُجْرةِ المِثْلِ:

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: كُلُّ مَا دَخَلَهُ التَّزَيُّدُ، والتَّحْجِيرُ، فَإِنَّ العَامِلَ يردُّ فِيهِ إِلى أُجْرةِ مِثْلِهِ، وَيَكُونُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ أجِيراً، حَاشَا مَسْأَلَتَيْنِ، فَإِنَّهُما خَرَجَتا عَنْ أَصْلِهِ:

إِحْدَاهُما: العَامِلُ يَشْتَرِطُ عَليهِ ضَمانَ مَالِ القِرَاضِ، فَقَالَ: يردُّ إِلى قِراضِ مِثْلِهِ مِمَّنْ لا ضَمانَ عَلَيهِ.

وَالمَسْأَلَةُ الثَّانِيةُ: إِذَا ضَربَ أَجلاً، فَإِنَّهُ يردُّ إِلى قِرَاضِ مِثْلِهِ، وَسَائِرِ ذَلِكَ مِنْ هَذَا البَابِ خَاصَّةً يَكُونُ أَجِيراً، وَمَا عَدَا التَّزَيُّدَ، والتَّحْجِيرَ، فَإِنَّهُ يَكُونُ فِيهِ عَلى قِرَاضِ مِثْلِهِ.

وَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ عَنْ أَشْهَبَ وَابْنِ الماجشُونِ [أَنَّهما قَالا]: يردُّ فِي القِرَاضِ الفَاسِدِ [كُلِّهِ] إِلى قِرَاضِ مِثْلِهِ.

قَالَ: وَقَالَ [عَبْدُ العَزِيزِ بْنُ أَبِي سَلمةَ]: القِرَاضُ الفَاسِدُ [كُلُّهُ] يردُّ [العَامِلُ فِيهِ] إِلى أُجْرَةِ المِثْلِ.

وَهُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيِّ فِي القِرَاضِ الفَاسِدِ، أَنَّهُ يردُّ العَامِلُ فيه إِلى أُجْرةِ مِثْلِهِ، وَالمَالُ كُلُّهُ وَربْحُهُ لِرَبِّ المَالِ.

وَذَكَرَ ابْنُ خواز بنداذ، قَالَ: الأَصْلُ مِنْ قَولِ مَالِكٍ فِي القِرَاضِ الفَاسِدِ، أَنَّهُ يردُّ إِلى أُجْرةِ المثْلِ إلا في مَسَائِلَ يَسِيرَةٍ مِثْلَ القِرَاضِ عَلى جُزْءٍ مَجْهُولٍ مِنَ الرِّبْحِ، [وَالقِرَاضِ إِلى مُدَّةٍ]، والقِرَاضِ بِعرضٍ، وَالقِرَاضِ عَلى الضَّمانِ، [قَالَ]: وَأَظُنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ اسْتِحْسَاناً وَالأَصْلُ فِيهِ الردُّ إِلى أُجْرَةِ المِثْلِ.

قال أبو عمر: قَدِ اخْتَلَفَ قَولُ مَالِكٍ فِي القِرَاضِ الَّذِي يُشْتَرَطُ فِيهِ عَلى العَامِلِ

---

(١) انظر الحاشية السابقة.

ضَمَانُ المَالِ، فَمَرَّةً قَالَ: يردُّ إلى قِرَاضِ مِثْلِهِ، وَمَرَّةً قَالَ: يردُّ إلى أُجْرَةِ مِثْلِهِ.

وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: المُضَارَبَةُ جَائِزَةٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ.

وَأَمَّا القِرَاضُ إِلى أَجَلٍ، فَأَجَازَهُ الكُوفِيُّونَ، وَقَالُوا: المُضَارَبَةُ جَائِزَةٌ إلا أَنْ يَتَفَاسَخَا.

وَقَالَ مَالِكٌ، والشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ إلا أَنَّ مَالِكاً قَالَ إِنْ وَقَعَتْ رُدَّتْ إِلى قِرَاضِ المِثْلِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ أَخَذَ المَالَ قِرَاضاً إِلى أَجَلٍ فُسِخَ القِرَاضُ، فَإِنْ عَمَلَ عَلى ذَلِكَ ردَّ إِلى أُجْرَةِ مِثْلِهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ[1] فِي هَذَا البَابِ مِنَ «المُوَطَّأ». في الرَّجُلِ يَدْفَعُ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، وَيَشْتَرِطُ عَلَى الَّذِي دفَعَ إِلَيْهِ الْمَالَ الضَّمَانَ، قَالَ: لا يَجُوزُ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي مَالِهِ غَيْرَ مَا وُضِعَ الْقِرَاضُ عَلَيْهِ، وَمَا مَضى مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ فِيهِ، فَإِنْ نَمَا الْمَالُ عَلَى شَرْطِ الضَّمَانِ، كَانَ قَدِ ازْدَادَ فِي حَقِّهِ مِنَ الرِّبْحِ مِنْ أَجْلِ مَوْضِعِ الضَّمَانِ، وَإِنَّما يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ عَلَى مَا لَوْ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ عَلَى غَيْرِ ضَمَانٍ، وَإِنْ تَلِفَ الْمَالُ لَمْ أَرَ عَلَى الَّذِي أَخَذَهُ ضَمَاناً؛ لأَنَّ شَرْطَ الضَّمَانِ فِي الْقِرَاضِ بَاطِلٌ.

قال أبو عمر: السُّنَّةُ المُجْتَمَعُ عَلَيها فِي القِرَاضِ أَنَّ البراءَ فِي المَالِ مِنْ رَبِّ المَالِ، وَأَنَّ الرِّبْحَ بَيْنَهُما عَلى شرْطِهِمَا وَمَا خَالفَ السُّنَّةَ، فَمَرْدُودٌ إِلَيْهَا.

قَالَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «رُدُّوا الجهالات إلى السُّنَّةِ».

قَالَ مَالِكٌ[2]، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لا يَبْتَاعَ بِهِ إلا نَخْلاً أَوْ دَوَابَّ، لأَجْلِ أَنَّهُ يَطْلُبُ ثَمَرَ النَّخْلِ أَوْ نَسْلَ الدَّوَابِّ، وَيَحْبِسُ رِقَابَها قَالَ مَالِكٌ: لا يَجُوزُ هَذَا، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ فِي الْقِرَاضِ، إلا أَنْ يَشْتَرِيَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَبِيعَهُ كَمَا يُبَاعُ غَيْرُهُ مِنَ السِّلَعِ.

قال أبو عمر: هَذَا قَوْلُ سَائِرِ الفُقَهاءِ؛ لأَنَّ القِرَاضَ بَابٌ مَخْصُوصٌ خَارِجٌ عَنِ الإِجَارَاتِ، وَالبُيُوعِ، فَلا يُتَجَاوَزُ بِهِ سُنَّتَهُ، وَلا يُقَاسُ عَلَيهِ غَيْرُهُ، كَما لا يُقَاسُ عَلى

---

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ٦، من كتاب القراض، باب ٥ (ما لا يجوز من الشرط في القراض) ص٦٩٢.

(٢) الموطأ، بعد الحديث رقم ٦، من كتاب القراض، باب ٥ (ما لا يجوز من الشرط في القراض)، ص٦٩٢، ٦٩٣.

العَرَايا غيرُها؛ لأنَّها سُنَّةٌ، وَرُخْصَةٌ مَخْصُوصَةٌ مِنَ المُزَابَنَةِ خَارِجَةٌ عَنْ أَصْلِها، فَلا تَقَعُ، وَلا تَنعَقِدُ إلا عَلى سُنَّتِها، فَإِنِ اشْتَرى النَّخْلَ للثَّمرِ لا لِلْبَيْعِ، وَالدَّوابَّ لِلنَّسْلِ، لا لِلْبَيْعِ، لَمْ يَصِحَّ ذَلِكَ، وَكَانَ لَهُ فِيمَا اشْتَرَاهُ أُجْرَةُ مِثْلِهِ، وَكَانَ الدَّوابُّ، والنَّخْلُ لِرَبِّ المَالِ.

قَالَ مَالِكٌ: لا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُقَارِضُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ غُلاماً يعِينهُ بِهِ، عَلَى أَنْ يَقُومَ مَعَهُ الْغُلامُ فِي الْمَالِ، إِذَا لَمْ يَعْدُ أَنْ يُعِينَهُ فِي الْمَالِ، لا يُعِينُهُ فِي غَيْرِهِ[1].

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ مَعْنى هَذِهِ المَسْأَلَةِ فِي شَرْطِ المُقَارِضِ عَمَلَ عَبْدِ رَبِّ المَالِ، وَهَلْ يَسْتَحِقُّ العَبْدُ لِذَلِكَ نَصِيباً مِنَ الرِّبْحِ مِنْ أَجْلِ عَمَلِهِ أو يَسْتَحِقُّهُ سَيِّدُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ كِتَابِنا هَذَا فِي القِرَاضِ.

وَقَال ابْنُ القَاسِمِ فِي العَامِلِ فِي القِرَاضِ يَشْتَرِطُ عَلى رَبِّ المَالِ الغُلامَ، وَالدَّابَّةَ: إِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ فِي القِرَاضِ، وَغَيرُ جَائِزٍ فِي المُسَاقَاةِ.

وَقَالَ سَحْنُونُ: لا يَجوزُ ذَلِكَ فِي القرَاضِ، وَلا فِي المُسَاقَاةِ.

وَهُوَ الصَّوَابُ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجلَّ؛ لأنَّها زِيَادَةٌ ازْدَادَهَا العَامِلُ عَلى قَدْرِ حِصَّتِهِ.

وَقَدْ مَضى مِنْ قَولِهِمْ وَقَولِ غَيْرِهِمْ أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ جائِزٍ، وَعَلَّتُهُمْ أَنَّ تِلْكَ الزِّيَادَةَ لَو كَانَتْ دِرْهماً رُبَّما لَمْ يَكُنْ فِي المَالِ رِبْحٌ سِوَاهَا فَصارَ ذَلِكَ إِلى المَجْهُولِ، والغَرَرِ.

٦ - باب القراض في العروض

١٣٦١ - قَالَ مَالِكٌ: لا يَنْبَغِي لأحَدٍ أَنْ يُقَارِضَ أحداً إلا فِي الْعَيْنِ؛ لأنَّهُ لا تَنْبَغِي الْمُقَارَضَةُ فِي الْعُرُوضِ، لأنَّ الْمُقَارَضَةَ فِي الْعُرُوضِ إِنَّمَا تَكُونُ عَلَى أَحَدِ وَجْهَيْنِ؛ إِمَّا أَنْ يَقُولَ لَهُ صَاحِبُ الْعَرْضِ: خُذْ هَذَا الْعَرْضَ فَبِعْهُ، فَمَا خَرَجَ مِنْ ثَمَنِهِ فَاشْتَرِ بِهِ، وَبِعْ عَلَى وَجْهِ الْقِرَاضِ، فَقَدِ اشْتَرَطَ صَاحِبُ الْمَالِ فَضْلاً لِنَفْسِهِ مِنْ بَيْعِ سِلْعَتِهِ وَمَا يَكْفِيهِ مِنْ مَؤُونَتِهَا، أو يَقُولَ: اشْتَرِ بِهَذِهِ السِّلْعَةِ وَبِعْ، فَإِذَا فَرَغْتَ فَابْتَعْ لِي مِثْلَ عَرْضِي الَّذِي دَفَعْتُ إِلَيْكَ، فَإِنْ فَضلَ شَيْءٌ فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ، وَلَعَلَّ صَاحِبَ الْعَرْضِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى الْعَامِلِ فِي زَمَنٍ هُوَ فِيهِ نَافِقٌ، كَثِيرُ الثَّمَنِ، ثُمَّ يَرُدَّهُ الْعَامِلُ حِينَ

---

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ٦، من كتاب القراض، باب ٥ (ما لا يجوز من الشرط في القراض) ص٦٩٣.

١٣٦١ - الحديث في الموطأ برقم ٧، من كتاب القراض، باب ٦ (القراض في العروض).

يَرُدُّهُ وَقَدْ رَخُصَ، فَيَشْتَرِيهِ بِثُلُثِ ثَمَنِهِ، أو أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، فَيَكُونُ الْعَامِلُ قَدْ رَبِحَ نِصْفَ مَا نَقَصَ مِنَ الْعَرضِ فِي حِصَّتِهِ مِنَ الرِّبْحِ، أَوْ يَأْخُذ الْعَرْضَ فِي زَمَانٍ ثَمَنُهُ فِيهِ قَلِيلٌ، فَيَعْمَلُ فِيهِ حَتَّى يَكْثُرَ الْمَالُ فِي يَدَيْهِ، ثُمَّ يَغْلُو ذَلِكَ الْعَرْضُ، وَيَرْتَفِعُ ثَمَنُهُ حِينَ يَرُدُّهُ، فَيَشْتَرِيهِ بِكُلِّ مَا فِي يَدَيْهِ، فَيَذْهَبُ عَمَلُهُ وَعِلاجُهُ بَاطِلاً، فَهذَا غَرَرٌ لا يَصْلُحُ. فَإِنْ جُهِلَ ذَلِكَ، حَتَّى يَمْضِيَ، نُظِرَ إِلى قَدْرِ أَجْرِ الَّذِي دُفعَ إِلَيْهِ الْقِرَاضُ، فِي بَيْعِهِ إِيَّاهُ، وَعِلاجِهِ فَيُعْطَاهُ، ثُمَّ يَكُونُ الْمَالُ قِرَاضاً، مِنْ يَوْم نَضَّ الْمَالُ، وَاجْتَمَعَ عَيْناً، وَيُرَدُّ إِلى قِرَاضِ مِثْلِهِ.

قال أبو عمر: قَدْ بَيَّنَ مَالِكٌ ـ رَحمهُ اللَّهِ فِي هَذَا البَابِ مَعْنى الكَرَاهِيَةِ لِلْقِرَاضِ بِالعُرُوضِ بَيَاناً شَافِياً، لا يشْكلُ عَلى مَنْ لَهُ أدْنى تَأَمُّلٍ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ أَقْوَالِ الفُقَهاءِ فِي المَالِ الَّذِي تَجُوزُ فِيهِ المُضَارَبَةُ مَا أغنْى عَنْ تكْرَارِه هَا هُنا.

وَلا خِلافَ بَيْنَهُم فِي أَنَّ القِرَاضِ جَائِزٌ بِالعَيْنِ مِنْ الذَّهَبِ، وَالوَرِقِ.

واخْتَلَفُوا فِي القِرَاضِ بِالفلُوسِ وَبالنَّقْدِ عَلى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي صَدْرِ هَذَا الكِتَابِ، وَالحَمْدُ لِلهِ.

وَذَكَرْنَا عَنِ ابْنِ أَبِي لَيلى أَنَّهُ أجازَ القِرَاض بِالعُرُوضِ، [وَقَدْ بَانَ وَجْهُ قوله بِمَا ذَكَرْنَاهُ هُنَالِكَ]، وَمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ رحمهُ اللَّهُ هُنَا يُبَيِّنُ أَنَّهُ لا وَجْهَ لِقَولِهِ يَصِحُّ [إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ].

٧ ـ باب الكراء في القراض

١٣٦٢ ـ قَالَ مَالِكٌ: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَاشْتَرَى بِهِ مَتَاعاً، فَحمَلَهُ إِلى بَلَدِ التِّجَارَةِ، فَبَارَ عَلَيْهِ، وَخَافَ النُّقْصَانَ إِنْ بَاعَهُ، فَتَكَارَى عَلَيْهِ إِلى بَلَدٍ آخَرَ، فَبَاعَ بِنُقْصَانٍ، فَاغْتَرقَ الْكِرَاءُ أَصْلَ الْمَالِ كُلَّهُ. قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ فِيمَا بَاعَ وَفَاءٌ لِلْكِرَاءِ، فَسَبِيلُهُ ذَلِكَ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الْكِرَاءِ شَيْءٌ، بَعْدَ أَصْلِ الْمَالِ كَانَ عَلَى الْعَامِلِ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مِنْهُ شَيْءٌ يُتْبَعُ بِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالتِّجَارَةِ فِي مَالِهِ، فَلَيْسَ لِلْمُقَارَضِ أَنْ يَتْبَعَهُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ يُتْبَعُ بِهِ رَبُّ الْمَالِ، لَكَانَ ذَلِكَ دَيْناً عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ الَّذِي قَارَضَهُ فِيهِ، فَلَيْسَ لِلْمُقَارِض أَنْ يَحْمِلَ ذَلِكَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ.

١٣٦٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ٨، من كتاب القراض، باب ٧ (الكراء في القراض).

قال أبو عمر: لَسْتُ أعْلَمُ فِيمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ خِلافاً، وَهُوَ أَصْلٌ، وَإِجْمَاعٌ.

وَمَذْهَبُ مَالِكٍ فِي العَامِلِ يَشْتَرِي مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ شَيْئاً، ثُمَّ يُنْفِقُ مِنْ مَالِهِ مِنْ كِرَاءٍ، أو صِبغ أَنَّهُ يرْجعُ بِالكِرَاءِ، وَلا رِبْحَ فِيهِ.

هَذَا قَوْلُهُ، وَقَولُ أَكْثَرِ أَصْحَابِهِ.

وَأَمَّا الصِّبْغُ، فَرَبُّ المَالِ يُخَيرُ عِنْدَهُم إنْ شَاءَ وزْنَ مَا أصبغ بِهِ وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي القِرَاضِ، وَإِنْ شَاءَ كَانَ شَرِيكاً [وَلَهُ رِبْحُهُ].

وَقَاسَهُ ابْنُ القَاسِمِ عَلى قَولِ مَالِكٍ إذَا زَادَ فِي السِّلْعَةِ إنْ شَاءَ رَبُّ المَالِ عُوِّضَ، وَإلا، فَهُوَ شَرِيكٌ.

وَفِي «المُدوَّنَةِ» قَالَ سَحْنُونُ، وَقَالَ غَيرُهُ: فَإِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَ إليهِ قِيمَةَ الصِّبْغِ، وَإِنْ شَاءَ كَانَ مَعَهُ شَرِيكاً بِقِيمَةِ الصبْغِ، فَإِنْ دَفَعَ إليهِ قِيمَة الصِّبْغِ لَمْ يَكُنْ عَلى القِرَاضِ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ كَأَنَّهُ قِرَاضٌ ثَانٍ، وَلا يُشْبِهُ الَّذِي يُرِيدُ عِنْدَهُ مَالاً قِرَاضاً، فَيُرْضِي [بِهِ] رَبَّ المَالِ بِأَنْ يَدْفَعَهُ إليهِ؛ لأَنَّ ذَلِكَ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدةٍ، وَهَذَا فِي صَفْقَتَيْنِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَسْتَدِينَ عَلى المُضَارَبَةِ، فَكَذَلِكَ لا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ مَالَهُ دَيْناً فِيهِ.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: إنِ اسْتَدَانَ العَامِلُ لَمْ يلزمِ المَال، ولا ربّ المَالِ إلا بِبَيِّنَةٍ أَنَّهُ اذَّانَ.

وَقَال أَبُو حَنِيفَةَ: مَا اسْتَدَانَ العَامِلُ، فَهُوَ بَيْنَهُما شركَةٌ عَلى مَا اشْتَرَطَا وَجَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيِّ أَنْ يَأْذَنَ رَبُّ المَالِ لِلْعَامِلِ أَنْ يَسْتَدِينَ عَلى المَالِ، وَيَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُما عَلى شَرْطِهِمَا.

وَقَالَ مَالِكٌ: لا يحلُّ هَذَا.

٨ ـ باب التعدّي في القراض

١٣٦٣ ـ قَالَ مَالِكٌ: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَعَمِلَ فِيهِ فَرَبِحَ، ثُمَّ اشْتَرَى مِنْ رِبْحِ الْمَالِ أَوْ مِنْ جُمْلَتِهِ جَارِيَةً، فَوَطِئَهَا، فَحَمَلَتْ مِنْهُ، ثُمَّ نَقَصَ الْمَالُ، قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، أُخِذَتْ قِيمَةُ الْجَارِيَةِ مِنْ مالِهِ، فَيُجْبَرُ بِهِ الْمَالُ، فَإِنْ كَانَ

١٣٦٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٩، من كتاب القراض، باب ٨ (التعدي في القراض). وقد سقط من ترقيم الأحاديث الرقم ١٣٦٤ فتنبه.

فَضْلٌ بَعْدَ وَفاءِ الْمَالِ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى الْقِرَاضِ الأَوَّلِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَفَاءٌ، بِيعَتِ الْجَارِيَةُ حَتَّى يُجْبَرَ الْمَالُ مِنْ ثَمَنِهَا.

قال أبو عمر: ذَكَرَ ابْنُ وَهْبٍ هَذِهِ المسْأَلَةَ فِي مُوَطَّئِهِ عَلى مَا فِي «المُوَطَّأ»، لم يَعْتَبِرْ فَضْلَ قِيمَةِ الجَارِيَةِ يومَ وَطِئَها، وَإِنَّما اعْتَبَرَ قِيمَتَها فِي الوَقْتِ الَّذِي وَفَى بِهِ المَالُ رَأْسَ مَالِهِ.

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ وَقَالَ أَقِفُ فِيهِ.

وَقَالَ الأَوْزَاعِيُّ: إِذَا وَطِئَها قَبْلَ أَنْ يَقَعَ لَهُ رِبْحٌ فِي المَالِ، فَعَلَيْهِ حَدُّ الزَّانِي، وَإِنْ كَانَ لَهُ فِيها رِبْحٌ جُلِدَ مَائَةَ جَلْدَةٍ إِنْ كَانَ مُحْصَناً، فَإِنْ حملتْ قُوِّمَتْ، وَدُفِعَتْ إِليهِ، وَرِدَّ عَلى صَاحِبِ المَالِ [مَا قَارَضَهُ] فِيهِ.

وَقَالَ اللَّيْثُ: إِذَا ابْتَاعَ جَارِيَتَيْنِ، فَأَعتَقَ إِحْدَاهُما، وَأَحبلَ الأخْرَى، فَإِنَّهُمَا يَنْتَزِعَانِ مِنْهُ جَمِيعاً وَيَكُونُ الوَلَدُ لأَبِيهِ بِقِيمَتِهِ، فَمَا نَقصَ مِنَ القِرَاضِ، فَعَلَيهِ ضَمَانُهُ، وَمَا زَادَ، فَهُوَ بَيْنَهُما، وَلَمْ يَذْكرْ فَرْقاً بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنُ كُلِّ وَاحِدةٍ مِنْهُما أَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ المَالِ، أو مِثْلَهُ.

وَقِيَاسُ قَولِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ إِنْ وَطِىء الجَارِيَةَ الَّتِي اشْتَرَاهَا مِنْ مَالِ القِرَاضِ كَانَ عَلَيهِ صَدَاقُها؛ لِدَرْءِ الحَدِّ عَنْهُ بِالشُّبْهَةِ، ولأَنَّهُ لا يملكُ مِنْها شَيْئاً مِلْكاً صَحِيحاً؛ لأَنَّهُ لا يَسْتَحِقُّ مِنَ الرِّبْح شَيْئاً إِلّا بَعْدَ حُصولِ رَأْسِ المَالِ نَاضّا كَمَا أَخَذَهُ، وَتُبَاعُ الجَارِيَةُ فِي القِرَاضِ إِنْ لَمْ تحملْ، فَإِنْ حَمَلتْ ضمنَها، فَإِنْ كَانَ مُوسِراً جعَلَ قِيمتَها فِي القِرَاضِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً بِيعَتْ؛ لأَنَّها مَالُ غَيرِهِ أَرادَ اسْتِهْلاكَهُ، وَلا مَالَ لَهُ.

هَذَا قِيَاسُ قولِهِ عِنْدِي، وَلَمْ أَجِدْ هَذِهِ المَسْأَلَةَ فِي شَيْءٍ مِنْ كُتُبِهِ فِي القِرَاضِ [إلا أَنَّهُ قَالَ فِي كِتَابِ القِرَاضِ]: وَلو اشتَرَى العَامِلُ أَبَاهُ بِمَالِ رَبِّ المَالِ، فَسَواءٌ كَانَ فِي المَالِ فَضْلٌ، أو لَمْ يَكُنْ، وَلا يعتقُ عَليهِ؛ لأَنَّهُ لا شَيْءَ لَهُ فِي المَالِ قَبْلَ أَنْ ينضَّ، وَهُوَ لا ينضُّ، إلا وَقَدْ بَاعَ أَبَاهُ.

قَالَ: وَلَو كَانَ يَمْلِكُ مِنَ الرِّبْح قَبْلَ أَنْ يَكُونَ المَالُ نضّا، كَانَ شَرِيكاً، وَكَانَ لَهُ النَّماءُ والنُّقْصَانُ؛ لأَنَّ مَنْ مَلكَ شَيْئاً زَائِداً مَلَكَهُ نَاقِصاً.

وَلَيْسَ هَذَا سُنَّةَ القِرَاضِ؟ لأَنَّهُ [لَيْسَ] بِشَرِيكٍ فِي نماءٍ، وَلا نُقْصَانٍ، وَإِنَّما لَهُ إِذَا حصلَ رَأْس المَالِ حصتَّهُ مِنَ الرِّبْح حِينَئذٍ وَلَهُ فِي الزَّكَاةِ [فِي] حصَّة العَامِلِ فِي القِرَاضِ قَوْلَانِ، هَذَا أَظْهَرُهُما فِي مَذْهَبِهِ.

وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَولُهُ إِنَّ العَامِلَ لَوِ اشْتَرَى بِالمَالِ عَبْداً، [أَنَّهُ لا يَجُوزُ عتقُهُ، وَلا يقُومنَّ عَليهِ إِنْ كَانَ مُوسِراً.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ، فَمَذْهَبُهم أَنَّ المُضَارِبَ لَو اشترى بِمَالِ المُضَارَبَةِ عَبْداً [فِيهِ فَضْلٌ، أو اشْتَرَاهُ وَلا فَضلَ فِيهِ، ثُمَّ صَارَ فِيهِ [فَضْلٌ] كَانَ المُضَارِبُ مَالِكاً لِحِصَّتِهِ مِنْ ذَلِكَ الفَضْلِ مَا كَانَ الفَضْلُ مَوْجُوداً.

[قَالُوا]: وَلَوْ أَعْتَقَ المُضَارِبُ العَبْدَ، وَفِيهِ فَضْلٌ جَازَ عِتْقُهُ [فِيهِ]، وَكَان كَعَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، أَعْتَقَهُ أَحَدُهما فَفِي قِيَاسِ قَولِهِم: إِذَا وَطِىءَ العَامِلُ جَارِيَةً فِي مَالِ القِرَاضِ، وَفِيهِ فَضْلٌ كَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِ الشَّرِيكَيْنِ فِي الجَارِيَةِ، يَطَؤُها أَحَدُهما، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي المَالِ فَضْلٌ، لا حِينَ الشِّرَاءِ، وَلا حِينَ الوَطْءِ، فَهُوَ كَمَنْ وَطىء مَال غَيْرِهِ.

وَأَمَّا مَالِكٌ، وَأَصْحَابُهُ، فَقَالُوا: إِذَا وَطِىءَ العَامِلُ جَارِيَةً مِنْ مَالِ القِرَاضِ، فَحَمَلَتْ، فَإِنْ كَانَ مليئاً غرمَ قِيمَتَها، وكَانَتِ القِيمَةُ قِرَاضاً، وَصَارَتْ لَهُ أُمَّ وَلدٍ، وَهَذَا قَولُ ابْنِ القَاسِمِ، وَأَشْهَبَ، وَعَبْدِ المَلِكِ، وَغيرهم.

وَاخْتَلَفُوا إِذَا كَانَ مُعْدماً: فَرَوى ابْنُ القَاسِمِ، عَنْ مَالِكٍ، أَنَّهُ يتْبعُ بِالثَّمَنِ دَيْناً، وَقَالَهُ ابْنُ القَاسِمِ.

وَقَالَ سَحنُونُ: هَذَا كَلامٌ غَيرُ مُعْتدلٍ، وَأرى أَنْ تُباعَ عَليهِ إلا أَنْ يَكُونَ فِيها فَضْلٌ، فَيُباعُ مِنها بِالقِيمَةِ، وَالبَاقِي يَكُونُ [مِنها] بِحِسَابِ أُمِّ وَلَدٍ.

وَرَوى عِيسى، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ أَنَّهُ [قَالَ]: إِنْ كَانَ اسْتَسْلَفَ المَالَ مِنَ القِرَاضِ، فَاشْتَرَى بِهِ الجَارِيَةَ، فَالثَّمَنُ عَلَيهِ دَيْناً يتبعُ بِهِ مليئاً كَانَ أو مُعدماً، و [أَمَّا] إِذَا عَدَا عَلَيها، وَهِيَ مِنْ مَالِ القِرَاضِ، فَإِنَّها تُبَاعُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ.

قَالَ عِيسى: وَيتبعُ بِثَمَنِ الوَلَدِ إلا أَنْ يَكُونَ لَهُ رِبْحٌ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الجَارِيَةِ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ يَطَؤُها أَحَدُهما، وَإِنْ ضمنَها قِيمَتَها يومَ الوَطْءِ، فَلا شَيْءَ لَهُ مِنْ قِيمَةِ الوَلَدِ.

وَذَكَر ابْنُ حبيبٍ، قَالَ: إِذَا اسْتَسْلَفَ مِنَ المَالِ، فَعَلَيهِ الأَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِها، أو مِنَ الثَّمَنِ؛ لأَنَّهُ مَنَعَهُ وَقَدْ كَانَ لِرَبِّ المَالِ الخِيَارُ فِي ذَلِكَ قَبْلَ الحَمْلِ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ الحَمْلِ.

وَرَوى أَبُو زَيْدٍ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يظهرْ ذَلِكَ بَعْدَ الحَمْلِ إلا بِإِقْرَارِ [السَّيِّدِ الوَطْءِ] لَمْ يُقْبَلْ قَولُهُ؛ لأَنَّهُ يُرِيدُ بَيْعَ أُمِّ وَلَدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَتَعَدَّى فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً، وَزَادَ فِي ثَمَنِهَا مِنْ عِنْدِهِ، قَالَ مَالِكٌ: صَاحِبُ المَالِ بِالخِيَارِ، إِنْ بِيعَتِ السِّلْعَةُ بِربحٍ أَوْ

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ٩، من كتاب القراض، باب ٨ (التعدي في القراض) ص٦٩٥.

وَضِيعَةٍ، أَوْ لَمْ تُبَعْ، إِنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَ السِّلْعَةَ، أَخَذَهَا وَقَضَاهُ مَا أَسْلَفَهُ فِيهَا، وَإِنْ أَبَى، كَانَ الْمُقَارَضُ شَرِيكاً لَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فِي النَّمَاءِ وَالنُّقْصَانِ، بِحِسَابِ مَا زَادَ الْعَامِلُ فِيهَا مِنْ عِنْدِهِ.

قال أبو عمر: هَذَا قَولُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبي حَنِيفَةَ إِنْ أَقَرَّ رَبُّ المَالِ بِالزِّيَادَةِ، أو أُقِيمَتْ بِذَلِكَ بيِّنَةٌ.

وَأَمَّا مَالِكٌ، فَالعَامِلُ مصدَّق عِنْدَهُ أَبَداً، إِذَا جَاءَ بِمَا نَسيَهُ.

وَرَوى ابْنُ القَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: لا بَأْسَ أَنْ يخلطَ المَالَ القِرَاضَ بِمَالِهِ، يَكُونُ بِهِ شَرِيكاً.

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: وَإِذَا أَخَذَ مَائَةَ دِينَارٍ قَراضاً، فَاشْتَروا سِلْعَةً بِمَائَتَيْ دِينَارٍ نَقْداً، المِائَةُ مِنْ عِنْدِهِ، وَالمَائَةُ القِرَاضُ كَانَ شَرِيكاً فِي السِّلْعَةِ، وَلا خِيَارَ لِرَبِّ المَالِ فِي أَنْ يدفعَ إِليهِ المائَةَ الثَّانِيَةَ، وَإِنْ كَانَتِ المائَةُ الَّتِي زَادَ أخذَهَا سَلَفاً عَلى القِرَاضِ، فَرَبُّ المَالِ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَجَازَ إِليهِ، وَدفعَ إِليهِ مَا زَدَ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يُجِزْ ذَلِكَ، وَكَانَ مَعَهُ شَرِيكاً.

قال أبو عمر: اتَّفَقَ الشَّافِعِيُّ، وَاللَّيْثُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ فِي العَامِلِ يَخلطُ مَالَهُ بِمَالِ القِرَاضِ بِغَير إِذْنِ رَبِّ المَالِ أَنَّهُ ضَامِنٌ إلا أَنْ يَأْخُذَ.

قَالَ: إِنْ قِيلَ لَهُ: اعْملْ فِيهِ بَرَأْيِكَ، فَخلطَهُ لَمْ يضمنْ.

فَقَالَ مَالِكٌ: لَهُ أَنْ يخلطَهُ بِغَيرِ إِذْنِ رَبِّ المَالِ بِمَالِهِ، وَبِمَالِ غَيْرِهِ.

وَهُوَ قَولُ الأَوْزَاعِيِّ.

وَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ دفعَ إِليهِ الفَاعِلُ أَنْ يَخلطَها الفَاعِلُ بأَلْفٍ لَهُ، وَلَهُ فِي الرِّبْحِ الثُّلثانِ، فلا يَصْلُحُ.

رَوَاهُ ابْنُ القَاسِمِ عَنْهُ.

وَرَوى عَنْهُ أَشْهَبُ أَنَّهُ لا بَأْسَ بِهَا.

قَالَ: قَالَ لِي مَالِكٌ: إِيَّاكَ، وَهذَا التَّخْلِيطُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]، فِي رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلى رَجُلٍ آخَرَ، فَعَمِلَ فِيهِ قِرَاضاً بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ: إِنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ، إِنْ نَقصَ فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ، وَإِنْ رَبِحَ فَلِصَاحِبِ الْمَالِ شَرْطُهُ مِنَ الرِّبْحِ، ثُمَّ يَكُونُ لِلَّذِي عَمِلَ، شَرْطُهُ بِما بَقِي مِنَ الْمَالِ.

---

(١) انظر الحاشية السابقة.

قال أبو عمر: لا أعْلَمُ خِلافاً فِي هَذَا إلا أنَّ المُزَني قَالَ: لَيْسَ لِلثَّانِي إلا أجْرُ مِثْلِهِ؛ لأنَّهُ عملٌ على فَسادٍ، وزَعَمَ أنَّهُ أصْلُ الشَّافِعِيِّ فِي «الجَدِيدِ»، وأنَّ قولَهُ كالغَرِيمِ مُجملَةٌ، فقَدِ اخْتَلَفَ أصْحَابُ مَالِكٍ فِيهِ، لَو دَفَعَهُ بَعْدَ أنْ خَسَرَ فِيهِ:

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ في «المُدوَّنَةِ» فِي الرَّجُلِ يَدفعُ إلى آخر ثَمَانِينَ دِينَاراً قِراضاً، فَيخسرُ فِيها أرْبَعِينَ، ثُمَّ يدفعُ تِلْكَ الأرْبَعِينَ قِرَاضاً إلى غَيرِهِ، فَيعملُ فِيها فَتصيرُ مائةً فِي يَدِ العَامِلِ الثَّانِي أنَّهُ يَبْدَأُ بِربِّ المَالِ الأوَّلِ، فَيأْخُذُ رَأسَ مَالِهِ ثَمَانِينَ دِينَاراً، وعَشرَةَ دَنَانِيرَ نِصْفَ الرِّبْحِ تَمامَ التِّسْعِينَ، ويَأخُذُ العَامِلُ الثَّانِي العَشرةَ البَاقِيَةَ تَمامَ المائَةِ، ويَرجعُ العَامِلُ الثَّانِي عَلى العَامِلِ الأوَّلِ بِعِشْرِينَ دِينَاراً قِيمَةَ الثَّلاثِينَ دِينَاراً، وذَلِكَ نِصْفُ مَا رَبِحَ.

قَالَ سَحْنُونُ، وقَالَ غَيْرُهُ: يَأْخُذُ رَبُّ المَالِ السَّبْعِينَ البَاقِيَةَ، ويَنظرُ إلى الأرْبَعِينَ الَّتِي تَلِفَتْ فِي يَدِ العَامِلِ الأوَّلِ، فَإنْ كَانَ تَعَدَّى عَلَيها رَجَعَ عَلَيهِ بِها كُلِّها تَمام عَشرةِ دَنَانِيرَ، ومائةِ دِينارٍ، وإنْ كَانَ إنَّما ذَهَبَتْ بِخسارَةٍ بَعْدُ رَجَع بِعِشْرِينَ تَمام تِسْعِينَ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي رَجُلٍ تَعَدَّى فَتسَلَّفَ مِمَّا بِيَدَيْهِ مِنَ الْقِرَاضِ مَالاً، فَابْتَاعَ بِهِ سِلْعَةً لِنَفْسِهِ، قَالَ مَالكٌ: إنْ رَبِحَ، فَالرِّبْحُ عَلَى شَرْطِهِمَا فِي الْقِرَاضِ، وَإنْ نَقَصَ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلنُّقْصَانِ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَاسْتَسْلَفَ مِنْهُ الْمَدْفُوعُ إلَيْهِ الْمَالُ مَالاً، وَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً لِنَفْسِهِ: إنْ صَاحِبَ الْمَالِ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَ شَرِكَهُ فِي السِّلْعَةِ عَلَى قِرَاضِهَا، وَإنْ شَاءَ خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، وَأخَذَ مِنْهُ رَأسَ الْمَالِ كُلَّهُ، وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ بِكُلِّ مَنْ تَعَدَّى.

قال أبو عمر: مَعْنى المَسْألَتَيْنِ مُتَقارِبٌ، بَلْ هُوَ وَاحِدٌ؛ لأنَّ العَامِلَ اشْتَرى بِمَالِ القِرَاضِ، أو بِبَعْضِهِ سِلْعَةً لنَفْسِهِ يَتَّجِرُ فِيها، أو يَقْتَنِيها، فَصَاحِبُ المَالِ يُخيَّرُ عَلى مَا قَالَ مَالِكٌ فِي ذَلِكَ، وَلا مُخَالِفُ عَلِمْتُهُ لَهُ فِيهِ؛ لأنَّهُ مَالٌ قد قَبضَهُ عَلى أنْ يَعملَ بِهِ قِرَاضاً، فَمَا عَمَلَ بِهِ فِيهِ بِمَا فِيهِ رِبْحٌ، فَهُوَ عَلى القِرَاضِ؛ لأنَّ ذَلِكَ هُوَ المَعْنى المَقْصُودُ إليهِ فِي القِرَاضِ، وَلا يضرُّهُ نِيَّةُ العَامِلِ الفَاسِدَةُ، وَإنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ رِبْحٌ لَزِمَهُ مَا أخَذَ مِنْ مَالِ القِرَاضِ لِنَفْسِهِ، كَمَا [لَو] اسْتَهْلَكَهُ، وَتَعدَّى فِيهِ، [فَأفْسَدَهُ] وَباللَّهِ التَّوفِيقُ.

---

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ٩، من كتاب القراض، باب ٨ (التعدي في القراض) ص٦٩٥.
(٢) الموطأ، بعد الحديث رقم ٩، من كتاب القراض، باب ٨ (التعدي في القراض) ص٦٩٦.

٩ ـ باب ما يجوز من النفقة في القراض

١٣٦٥[1] ـ قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً: إِنَّهُ إِذَا كَانَ الْمَالُ كَثِيراً يَحْمِلُ النَّفَقَةَ، فَإِذَا شَخَصَ فِيهِ الْعَامِلُ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ، وَيَكْتَسِيَ بِالْمَعْرُوفِ مِنْ قَدْرِ الْمَالِ، وَيَسْتَأْجِرَ مِنَ الْمَالِ إِذَا كَانَ كَثِيراً لا يَقْوَى عَلَيْهِ بَعْضَ مَنْ يَكْفِيهِ بَعْضَ مَؤُونَتِهِ، وَمِنَ الأَعْمَالِ أعْمَالٌ لا يَعْمَلُهَا الَّذِي يَأْخُذُ الْمَالَ، وَلَيْسَ مِثْلُهُ يَعْمَلُهَا مِنْ ذَلِكَ تَقَاضِي الدَّيْنِ، وَنَقْلُ الْمَتَاعِ، وَشَدُّهُ وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مِنَ المَالِ مَنْ يَكْفِيهِ ذَلِكَ، وَلَيْسَ لِلْمُقَارِضِ أَنْ يَسْتَنْفِقَ مِنَ الْمَالِ، وَلا يَكْتَسِيَ مِنْهُ، مَا كَانَ مُقِيماً فِي أَهْلِهِ إِنَّما يَجُوزُ لَهُ النَّفَقَةُ إِذَا شَخَصَ فِي الْمَالِ، وَكَانَ الْمَالُ يَحْمِلُ النَّفَقَةَ، فَإِنْ كَانَ إِنَّمَا يَتَّجِرُ فِي الْمَالِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ بِهِ مُقِيمٌ، فَلا نَفَقَةَ لَهُ مِنَ الْمَالِ وَلا كِسْوَةَ.

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَخَرَجَ بِهِ وَبِمَالِ نَفْسِهِ، قَالَ: يَجْعَلُ النَّفَقَةَ مِنَ الْقِرَاضِ وَمِنْ مَالِهِ، عَلَى قَدْرِ حِصَصِ الْمَالِ.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ مَعْنى هَذَا البَابِ في دَرَجِ غَيرِهِ، وَلا بُدَّ مِنْ إِعادَةِ بَعْضِ مَا لِلْعُلَماءِ [فِيهِ]، لِيَكُونَ المَعْنى المُرَادُ قَائِماً فِي البَابِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ.

اتَّفَقَ مَالِكٌ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهما أَنَّ العَامِلَ بِالقِرَاضِ يُنْفِقُ مِنْ مَالِ القِراضِ عَلى نَفْسِهِ إِذَا سَافَرَ، وَلا يُنْفِقُ إِذَا كَانَ حَاضِراً.

وَقَالَ الثَّورِيُّ: يُنْفِقُ فِي ذِهَابِهِ فِي سَفَرِهِ وَمُقَامِهِ، وَلا يُنْفِقُ رَاجِعاً.

وَقَالَ اللَّيْثُ: يَتَغَدَّى فِي المصْرِ، ولا يَتَعَشَّى.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يُنْفِقُ فِي سَفَرٍ، وَلا حضرٍ إلا بِأَذْنِ رَبِّ المَالِ.

وَقَالَ أَصْحَابُهُ فِي المَسْأَلَةِ ثَلاثَةُ أَقَاوِيلَ:

أَحَدُها: هَذَا.

وَالآخَرُ: مِثْلُ قَولِ مَالِكٍ.

وَالثَّالِثُ: يُنْفِقُ فِي المصْرِ بِمِقْدَارِ مَا بَيْنَ نَفَقَةِ السَّفَرِ وَالحَضَرِ.

وَلَهُم فِي فَرْضِ النَّفَقَةِ قَولانِ:

أَحَدُهما. أَنَّهُ لا يُنْفِقُ حَتَّى يفرضَ لَهُ بِاتِّفَاقٍ لَهُ، وَمِنْ رَبِّ المَالِ.

١٣٦٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٠، من كتاب القراض، باب ٩ (ما يجوز من النفقة في القراض).

(١) سقط سهواً في ترقيم الأحاديث الرقم ١٣٦٤.

وَالثَّاني: أَنَّهُ لا يفرضُ لَهُ، وَيُنْفِقُ هُوَ.

وأَمَّا التَّابِعُونَ؛ فَرُوِيَ عَنِ ابْنِ سِيرِينَ أَنَّ المُضَارِبَ لا يَأْكُلُ شَيْئاً مِنَ المَال، وَإِنْ أَكَلَ، أو أَنْفَقَ فَهُوَ دَيْنٌ عَلَيهِ.

ذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، وَغَيْرُهُ عَنِ الثَّوريِّ، عَنْ هِشَام، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ.

وَذَكَرَ الثَّوريُّ، عَنْ أَشْعَثَ، عَنْ إِبْرَاهِيم قَالَ: يَأْكُلُ وَيَلْبَسُ بِالمَعْرُوفِ.

وَعَنِ الرَّبِيعِ، عَنِ الحَسَنِ مِثْلُهُ.

١٠ ـ باب ما لا يجوز من النفقة في القراض

١٣٦٦ ـ قَالَ مَالِكٌ: فِي رَجُلٍ مَعَهُ مَالٌ قِرَاضٌ، فَهُوَ يَسْتَنْفِقُ مِنْهُ وَيَكْتَسِي: إِنَّهُ لا يَهَبُ مِنْهُ شَيْئاً، وَلا يُعْطِي مِنْهُ سَائِلاً وَلا غَيْرَهُ، وَلا يُكَافِيء فِيهِ أَحَداً، فَأَمَّا إِن اجْتَمَعَ هُوَ وَقَوْم، فَجَاؤوا بِطَعَام وَجَاءَ هُوَ بِطَعَام، فَأَرْجُو أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ وَاسِعاً، إِذَا لَمْ يَتَعَمَّدْ أن يَتَفَضَّلَ عَلَيْهِمْ، فَإِنْ تَعَمَّدَ ذَلِكَ، أَوْ مَا يُشْبِهُهُ، بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِ الْمَالِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَتَحَلَّلَ ذَلِكَ مِنْ رَبِّ الْمَالِ، فَإِنْ حَلَّلَهُ ذَلِكَ، فَلا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ أبى أَنْ يُحَلِّلَهُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُكَافِئَهُ بِمِثْلِ ذَلِكَ، إِنْ كَانَ ذَلِكَ شَيْئاً لَهُ مُكَافَأَةٌ.

قال أبو عمر: هَذاَ [البَابُ] لَيْسَ فِيه اخْتِلافٌ، وَالأَصْلُ المُجْتَمَعُ عَلَيهِ أَنَّ المَالَ القِرَاضَ لَنْ يُعْطَهُ العَامِلَ لِيَهَبَهُ، وَلا لِيَتَصَدَّقَ بِهِ، وَلا لِيتْلِفَهُ، وَإِنَّما أُعْطِيَهُ لِيُثمرَهُ، وَيَطْلُبَ فِيهِ الرِّبْحَ وَالنَّماءَ، وَلا يُعرضهُ لِلْهلاكِ وَالتوى، وَهَذَا [مَا لا اخْتِلافَ] فِيهِ بَيْنَ العُلَماءِ.

١١ ـ باب الدَّين في القراض

١٣٦٧ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً، ثُمَّ بَاعَ السِّلْعَةَ بِدَيْنٍ، فَرَبِحَ فِي الْمَالِ، ثُمَّ هَلَكَ الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ، قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْمَالَ، قَالَ: إِنْ أَرَادَ وَرَثَتُهُ أَنْ يَقْبِضُوا ذَلكَ الْمَالَ، وَهُمْ عَلَى شَرْطِ أَبِيهِمْ مِنَ الرِّبْحِ، فَذَلِكَ لَهُمْ، إِذَا كَانُوا أُمَنَاءَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ كَرِهُوا أَنْ يَقْتَضُوهُ، وَخَلَّوا بَيْنَ صَاحِبِ الْمَالِ وَبَيْنَهُ، لَمْ يُكَلَّفُوا أَنْ يَقْتَضُوهُ، وَلا شَيْءَ عَلَيْهِمْ، وَلا شَيْءَ لَهُمْ. إِذَا أَسْلَمُوهُ إِلى رَبِّ الْمَالِ، فَإِنِ اقْتَضَوْهُ، فَلَهُمْ فِيهِ مِنَ الشَّرْطِ وَالنَّفَقَةِ، مِثْلُ مَا

١٣٦٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ١١، من كتاب القراض، باب ١٠ (ما لا يجوز من النفقة في القراض).

١٣٦٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٢، من كتاب القراض، باب ١١ (الدَّين في القراض).

كَانَ لأبِيهِمْ فِي ذَلِكَ هُمْ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ أبِيهِمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا أمَنَاءَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنَّ لَهُمْ أنْ يَأْتُوا بِأمِينٍ ثِقَةٍ، فَيَقْتَضِي ذَلِكَ الْمَالَ، فَإِذَا اقْتَضَى جَمِيعَ الْمَالِ، وَجَمِيعَ الرِّبْحِ، كَانُوا فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أبِيهِمْ.

قَالَ مَالِكٌ: فِي رَجُلٍ دفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، عَلَى أنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ، فَمَا بَاعَ بِهِ مِنْ دَيْنٍ فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ إنَّ ذَلِكَ لازِمٌ لَهُ، إِنْ بَاعَ بِدَيْنٍ فَقَدْ ضَمِنَهُ.

قال أبو عمر: ظَاهِرُ قَولِ مَالِكٍ هَذَا فِي «المُوَطَّأ» أنَّ العَامِلَ يَضْمنُ إذَا بَاعَ بِالدَّيْنِ؛ لأنَّهُ عَلى ذَلِكَ أخَذَ المَالَ أنَّهُ إنْ بَاعَ بالدَّيْنِ ضَمَنَ، فَإنْ كَانَ ذَلِكَ ضَمِنَ.

وَتَلْخِيصُ مَذْهَبِ أئِمَّةِ الفَتوى فِي بَيْعِ المُقَارِضِ بِالدَّيْنِ.

إنَّ مَالِكاً، والشَّافِعِيَّ قَالا: لا يَبِيعُ العَامِلُ فِي القِرَاضِ سِلْعَةً بِنَسِيئَةٍ، إلا أنْ يَأْذَنَ لَهُ رَبُّ المَالِ، فَإنْ فَعلَ بِغَيْرِ إذْنِهِ ضَمِنَ.

وَقَالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحَابُهُ: لَهُ أنْ يَبِيعَ بِالدَّيْنِ إلا أنْ يَنْهَاهُ رَبُّ المَالِ، أو ينصَّ ذَلِكَ لَهُ إذَا قَارَضَهُ.

وَأمَّا موتُ العَامِلِ [فِي سِلَعٍ، أو دَيْنٍ، فَقَولِ مَالِكٍ فِيمَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: إنْ مَاتَ العَامِلُ] لَمْ يَكُنْ لِوَرَثَتِهِ أنْ يعملَ مَكَانَهُ، وَيَبِعْ مَا كَانَ فِي يَدَيْهِ حَتَّى ثِيابِ سَفَرِهِ، وَغيرِ ذَلِكَ مِمَّا قَلَّ أو كَثُرَ، فَإنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ، كَانَ لِورثتهِ حِصَّتُهُ، وَإنْ كَانَ خسْراناً، كَانَ ذَلِكَ فِي المَالِ، وَإنْ مَاتَ رَبُّ المَالِ صَارَ المَالُ لِوَرَثَتِهِ، فَإنْ رَضوا تُرِكَ المُقَارِضُ على قِرَاضِهِ، وَإلا فَقَدِ انْفَسَخَ قِرَاضُهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: وَمَتى شَاءَ رَبُّ المَالِ أخَذَ مَالَهُ قَبْلَ العَمَلِ وَبَعْدَهُ، كَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَمَتى شَاءَ العَامِلُ أنْ يخرجَ مِنَ القِرَاضِ، فَذَلِكَ لَهُ.

قال أبو عمر: هَذَا خِلافُ [قَولِ] مَالِكٍ، وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ عِنْدَهُ، وَلا لِرَبِّ المَالِ أنْ يَفْسَخَ القِرَاضَ إلا إذَا كَانَ المَالُ عَيْناً، فَإذَا [صَار] فِي السِّلَعِ أجبر المَقَارِضِ عَلى أنْ يَردَّهُ عَيْناً كَمَا أخَذَهُ، وَأُجْبِرَ رَبُّ المَالِ عَلى ذَلِكَ أيضاً فِي أعجلِ مَا يمكن مِنْ بَيْعِ السِّلَعِ.

قَالَ مَالِكٌ: يُجْبَرُ العَامِلُ عَلى تَقَاضِي مَا بَاعَ بِالدَّيْنِ، وَإنْ كَانَ فِيهِ وَضِيعَةٌ حتَّى يردَّ المَالَ عَيناً، وَلِرَبِّ المَالِ أنْ لا يرضى بِالحوَالَةِ.

وَقَالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحَابُهُ: إذا باعَ المضاربُ بنسيئةٍ، [وأحبَّ رَبُّ المَالِ أن يَفْسَخ] القِرَاضَ، فَإنْ كَانَ فِي المَالِ فَضلٌ أُجْبرَ عَلى التَّقَاضِي، وَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فَضْلٌ لَمْ يُجْبرْ عَلى تَقَاضِيه، وَأُجِلَ الَّذِي لَهُ المَالُ حَتَّى يَتَقَاضَاهُ.

هَذَا يَدُلُّ مِنْ قَولِهِم أنَّ لِلْمُقَارِضِ وَلِرَبِّ المَالِ أنْ يَفْسَخَ كُلُّ [وَاحِدٍ مِنْهُما] القِرَاضَ، قَبْلَ العَمَلِ وَبَعْدَهُ، كَمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ.

١٢ ـ باب البضاعة في القراض

١٣٦٨ ـ قال مَالِكٌ: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، وَاسْتَسْلَفَ مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ سَلَفاً، أو اسْتَسْلَفَ مِنْهُ صَاحِبُ الْمَالِ سَلَفاً، أَوْ أَبْضَعَ مَعَهُ صَاحِبُ الْمَالِ بِضَاعَةً يَبِيعُهَا لَهُ، أَوْ بِدَنَانِيرَ يَشْتَرِي لَهُ بِهَا سِلْعَةً. قَالَ مَالِكٌ: إنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ إنَّمَا أَبْضَعَ مَعَهُ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَالُهُ عِنْدَهُ، ثُمَّ سَأَلَهُ مِثْلَ ذَلِكَ فَعَلَهُ، لإِخَاءٍ بَيْنَهُمَا، أَوْ لِيَسَارَةِ مَؤُونَةِ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَلَوْ أبى ذَلِكَ عَلَيْهِ لَمْ يَنْزِعْ مَالَهُ مِنْهُ، أَوْ كَانَ الْعَامِلُ إنَّمَا اسْتَسْلَفَ مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ، أَوْ حَمَلَ لَهُ بِضَاعَتَهُ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ مَالُهُ فَعَلَ لَهُ مِثْلَ ذَلِكَ، وَلَوْ أبى ذَلِكَ عَلَيْهِ لَمْ يَرْدُدْ عَلَيْهِ مَالَهُ، فَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُمَا جَمِيعاً، وَكَانَ ذَلِكَ مِنْهُمَا عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ، وَلَمْ يَكُنْ شَرْطاً فِي أَصْلِ الْقِرَاضِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لا بَأسَ بِهِ، وَإِنْ دَخَلَ ذَلِكَ شَرْطٌ، أَوْ خِيفَ أَنْ يَكُونَ إنَّما صَنَعَ ذَلِكَ الْعَامِلُ لِصَاحِبِ الْمَالِ، لِيُقِرَّ مَالَهُ فِي يَدَيْهِ، أَوْ إنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ صَاحِبُ الْمَالِ، لأنْ يُمْسِكَ الْعَامِلُ مَالَهُ، وَلا يَرُدَّهُ عَلَيْهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَجُوزُ فِي الْقِرَاضِ. وَهُوَ مِمَّا يَنْهَى عَنْهُ أَهْلُ الْعِلْمِ.

قال أبو عمر: مَا قَالَهُ مَالِكٌ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ فِي هَذَا البَابِ صَحِيحٌ وَاضِحٌ؛ لأنَّ الأَصْلَ المُجْتَمَعَ عَلَيهِ فِي القِرَاضِ أنْ تَكُونَ حِصَّةُ العَامِلِ فِي الرِّبْحِ مَعْلُومَةً؛ وَكَذَلِكَ حِصَّةُ [رَبِّ] المَالِ مِنَ الرِّبْحِ لا تَكُونُ أيضاً إلا مَعْلُومَةً، فَإِذَا شَرَطَ أَحَدُهُما عَلى صَاحِبِهِ بِضَاعَةً يَحملُها لَهُ وَيَعْمَلُ فِيها، فَقَدِ ازْدَادَ عَلى الحِصَّةِ المَعْلُومَةِ مَا تَعُودُ بِهِ مَجْهُولَةً؛ لأنَّ العَمَلَ فِي البِضَاعَةِ لَهُ أجرَةٌ يَسْتَحِقُّها العَامِلُ، فِيها قَدِ ازْدَادَها عَلَيهِ رَبُّ المَالِ، والسَّلَفُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ هُوَ فِي هَذَا المَعْنى إذَا كَانَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ مُشْترطاً فِي أَصْلِ عَقْدِ القِرَاضِ، وَأَمَّا إنْ تَطَوَّعَ مِنْهمَا مُتَطَوِّعٌ فَلا بَأْس إِذَا سَلِمَ عَقْدُ القِرَاضِ مِنَ الفَسَادِ.

هَذَا وَجْهُ الفِقْهِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، وَمَا عَدَاهُ فَاسْتِحْبَابٌ، وَوَرَعٌ، وَتَرْكُ مُبَاحٍ خَوفَ مُواقَعَةِ المَحْذُورِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَهَذَا المَعْنى هُوَ قِيَاسُ قَولِ الشَّافِعِيِّ أيضاً، وَالكُوفِيِّ، وَسَائِرِ أَهْلِ العِلْمِ، إنْ شَاءَ اللَّهُ.

١٣٦٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٣، من كتاب القراض باب ١٢ (البضاعة في القراض).

وَلِلتَّابِعينَ فِيهِ كَرَاهِيَةٌ، وَإِجَازَةٌ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعمرٍ، عَنْ أيُّوبَ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، قَالَ: لا بَأْسَ [أَنْ يَدْفَعَ] الرَّجُلُ مَالاً مُضَارَبَةً على أنْ يحْمَلَ لَهُ بِضَاعَةً.

وَعَنْ مَعمرٍ، عَنِ ابْنِ طَاوسٍ، عَنْ أَبيهِ أَنَّهُ كَرِهَهُ.

وَعَنِ الثَّورِيِّ، وَعَنْ مُغيرةَ، عَنْ إبْرَاهِيمَ أَنَّهُ كَرِهَ أَنْ يَدفعَ إِليهِ أَلْفاً مُضَارَبَةً، وَأَلْفاً قِرَاضاً، وَأَلْفاً بِضَاعَةً.

١٣ ـ باب السلف في القراض

١٣٦٩ ـ قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ أَسْلَفَ رَجُلاً مَالاً، ثُمَّ سأَله الَّذِي تَسَلَّفَ الْمَالَ أَنْ يُقِرَّهُ عِنْدَهُ قِرَاضاً. قَالَ مَالِكٌ: لا أُحِبُّ ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَ مَالَهُ مِنْهُ، ثُمَّ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ قِرَاضاً إِنْ شَاءَ، أَوْ يُمْسِكَهُ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ:

فَمَذْهَبُ مَالِكٍ أَنَّهُ لا يَجُوزُ فَإِنْ فَعَلَ فَالقِرَاضُ فَاسِدٌ، وَمَا اشْتَرى وَبَاعَ فَهُوَ العَامِلُ الَّذي كانَ عَليهِ الدَّيْنُ.

وَهُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَحدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ: لا يَجُوزُ وَمَا اشْتَرى وَبَاعَ، فَهُوَ للآمِرِ، وَلِلْمُقارِضِ أَجْرُ مِثْلِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فِي رَجُل دَفَعَ إِلي رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ قَدِ اجْتَمَعَ عِنْدَهُ، وَسَأَلَهُ أَنْ يَكْتُبَهُ عَلْيهِ سَلَفاً، قَالَ لا أُحِبُّ ذَلِكَ، حَتَّى يَقْبِضَ مِنْهُ مَالَهُ، ثُمَّ يُسَلِّفَهُ إِيَّاهُ إِنْ شَاءَ أَوْ يُمْسِكَهُ، وَإِنَّمَا ذلِكَ، مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ قَدْ نَقَصَ فِيهِ، فَهُوَ يُحِبُّ أَنْ يُؤَخِّرَهُ عَنْهُ، عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ فِيهِ مَا نَقَصَ مِنْهُ فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ، وَلا يَجُوزُ وَلا يَصْلُحُ.

قال أبو عمر: قَدْ بَيَّنَ مَالِكٌ الفِقْهَ لِكَرَاهِيَةِ مَا كَرِهَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، وَسَائِر أَهْلِ العِلْمِ عَلى كَرَاهَةِ ذَلِكَ، وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ عِنْدَهُم، إلا أَنَّ عِلَّتَهُم فِي ذَلِكَ أَنَّ الدَّيْنَ لا يَعُودُ أَمَانَةً حَتَّى يُقْبَضَ ثُمَّ يُعادَ، وَكَذَلِكَ الأَمَانَةُ لا تَعُودُ فِي الذِّمَّةِ وَلا تكونُ مَضْمُونَةً إلا بِأَنْ يَقْبِضَها رَبُّها، ثُمَّ يُسلفُها، فَتنتقلُ إِلى الذِّمةِ حِينَئِذٍ.

وَكَرِهَ ابْنُ القَاسِمِ أَنْ يَقُولَ رَبُّ الوَدِيعَةِ لِلْمودَعِ عِنْدَهُ: اعْمَلْ بِما تَراها، وَلَمْ يُجْبِرْهُ.

١٣٦٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٤، من كتاب القراض، باب ١٣ (السلف في القراض).

وَكَرِهَ أَشْهَبُ أَنْ يُوقعَ.

وَقَال ابْنُ المواز: لا بَأْسَ بِهِ.

وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي أَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يعملَ بالدَّيْنِ قِرَاضاً بِإِذْنِ صَاحِبِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ.

وَاخْتَلَفُوا إِذَا أَذِنَ لَهُ رَبُّ الدَّيْنِ، فَعملَ بِهِ قِرَاضاً.

فروى سَحْنونُ عَنِ ابْنِ القَاسِمِ، قَالَ: الرِّبْحُ وَالخسارَةُ جَمِيعاً لِلْمُدْيَانِ، وَعَليهِ.

وَقَال أَشْهَبُ: إِنْ عَمَلَ فَالخسارَةُ وَالرِّبْحُ عَلى رَبِّ الدَّيْنِ.

١٤ ـ باب المحاسبة في القراض

١٣٧٠ ـ قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَعَمِلَ فيهِ فَرَبِحَ، فَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ، وَصَاحِبُ الْمَالِ غَائِبٌ، قَالَ: لا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئاً إِلا بِحَضْرَةِ صَاحِبِ الْمَالِ، وَإِنْ أَخَذَ شَيْئاً فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ حَتَّى يُحْسَبَ مَعَ الْمَالِ إِذَا اقْتَسَمَاهُ.

قَالَ مَالِكٌ: لا يَجُوزُ لِلْمُتَقَارِضَيْنِ أَنْ يَتَحَاسَبَا وَيَتَفَاصَلا، وَالْمَالُ غَائِبٌ عَنْهُمَا، حَتَّى يَحْضُرَ الْمَالُ، فَيَسْتَوْفِي صَاحِبُ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا.

قال أبو عمر: الأَصْلُ فِي القِرَاضِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ لِلْعَامِلِ فِيهِ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئاً مِنْ رِبْحِهِ إِلا بَعْدَ [حُضُور] رَأْسِ المَالِ عِنْدَ صَاحِبِهِ، أو بِحَضْرتهِ.

وَلا يَجُوزُ عِنْدَ الجَمِيعِ أَنْ يَكُونَ [أَحَدٌ] مُقَاسِماً لِنَفْسِهِ عَنْ نَفْسِهِ، وَلا أَحْرى عَنْها، وَمُعْطِياً لَها.

وَلَو كَانَ الشَّرِيكُ [وَصِيّا مَا جَازَ لَهُ أَنْ يقاسِمَ [نَفْسَهُ] عَنْ أَيتَامِهِ، وَإِنَّما يُقَاسِمُهُ عَنْهُم وَكِيلُ الحَاكمِ، وَلا بُدَّ مِنْ وَكِيلِ رَبِّ المَالِ عَلى المُقَاسَمَةِ، أو حُضُورِهِ لِنَفْسِهِ، وَحضُورِ مَالِ القِرَاضِ عِنْدَ قسْمَةِ الرِّبْحِ؛ لِمَا وَصَفْنَا، وَلِلْعِلَّةِ الَّتِي ذَكَرْنَا فِي البَابِ قَبْلَ هَذَا.

فَإِنْ أَخَذَ المُقَارِضُ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ قَبْلَ القِسْمَةِ ثُمَّ ضَاعَ المَالُ، فَقَدِ اخْتَلَفَ الفُقَهاءُ.

فَقَالَ مَالِكٌ: إِذَا أذِنَ لَهُ رَبُّ المَالِ، وَقَالَ: رَجَوْتُ السَّلامَةَ، وَالعَامِلُ مُصدقٌ فِيما ادَّعاهُ مِنَ الضَّيَاعِ.

١٣٧٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٥، من كتاب القراض، باب ١٤ (المحاسبة في القراض).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، والثَّورِيُّ، وَأبو حَنِيفَةَ: إِذَا اقْتَسَمَا الرِّبْحَ، وَمَالَ الْمُضَارَبَةِ بِيَدِ الْمُضَارِبِ عَلَى حَالِهِ، فَضَاعَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَإِنَّ قسمتها بَاطِلٌ، وَمَا أَخَذَهُ رَبُّ المَالِ مَحْسُوبٌ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ، وَمَا أَخَذَهُ المُضَارِبُ يردُّهُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]، فِي رَجُلٍ أَخَذَ مَالاً قِرَاضاً، فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً، وَقَدْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَطَلَبَهُ غُرَمَاؤُهُ، فَأدرَكُوهُ بِبَلَدٍ غَائِبٍ عَنْ صَاحِبِ الْمَالِ، وَفِي يَدَيْهِ عَرْضٌ رِبَّحٌ بَيِّنٌ فَضْلُهُ، فَأَرَادُوا أَنْ يُبَاعَ لَهُمُ الْعَرْضُ فَيَأْخذُوا حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ، قَالَ: لا يُؤْخَذُ مِنْ رِبْحِ الْقِرَاضِ شَيْءٌ، حَتَّى يَحْضُرَ صَاحِبُ الْمَالِ فَيَأْخذَ مَالَهُ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا.

قال أبو عمر: مَا تَقَدَّمَ من الكَلامِ فِي هَذَا البَابِ يُغْنِي عَنْ إِعَادَتِهِ هُنا.

قَالَ مَالِكٌ[2]: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَتَجَرَ فِيهِ فَرَبِحَ، ثُمَّ عَزَلَ رَأْسَ الْمَالِ وَقَسَمَ الرِّبْحَ، فَأَخَذَ حِصَّتَهُ وَطَرَحَ حِصَّةَ صَاحِبِ الْمَالِ فِي الْمَالِ، بِحَضْرَةِ شُهَدَاءَ أَشْهَدَهُمْ عَلَى ذَلِكَ، قَالَ: لا تَجُوزُ قِسْمَةُ الرِّبْحِ إِلا بِحَضْرَةِ صَاحِبِ الْمَالِ. وَإِنْ كَانَ أَخَذَ شَيْئاً رَدَّهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ صَاحِبُ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ. ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى شَرْطِهِمَا.

قال أبو عمر: الكَلامُ فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ لا يَكُونُ مُقَاسِماً [لِنَفْسِهِ]، وَلا حَاكِماً فِي أَخْذِ حِصَّتِهِ بِمَحْضَرِ شُهودٍ، وَبِغَيرِ شُهُودٍ يُغْنِي عَنْ إِعَادَتِهِ هَا هُنَا.

قَالَ مَالِكٌ[3]: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَعَمِلَ فِيهِ فَجَاءَهُ، فَقَالَ لَهُ: هَذِهِ حِصَّتُكَ مِنَ الرِّبْحِ، وَقَدْ أَخَذْتُ لِنَفْسِي مِثْلَهُ، وَرَأْسُ مَالِكَ وَافِرٌ عِنْدِي. قَالَ مَالِكٌ: لا أُحِبُّ ذَلِكَ. حَتَّى يَحْضُرَ الْمَالُ كُلُّهُ، فَيُحَاسِبَهُ حَتَّى يَحْصُلَ رَأْسُ الْمَالِ، وَيَعْلَمَ أَنَّهُ وَافِرٌ، وَيَصِلَ إِلَيْهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا. ثُمَّ يَرُدُّ إِلَيْهِ الْمَالَ إِنْ شَاءَ، أَوْ يَحْبِسهُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ حُضُورُ الْمَالِ، مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ الْعَامِلُ قَدْ نَقَصَ فِيهِ، فَهُوَ يُحِبُّ أَنْ لا يُنْزَعَ مِنْهُ، وَأَنْ يُقِرَّهُ فِي يَدِهِ.

وَقَدْ بيَّنَ مَالِكٌ ـ رحمه اللَّهُ ـ وَجْهَ قَولِهِ وَاعْتِلالِهِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، وَمَا قَدَّمْنَاهُ مِمَّا اعْتَلَّ بِهِ غَيرُهُ وَجْهٌ أيضاً، وَهُوَ أَمْرٌ لا اخْتِلافَ فِيهِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى، وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ.

---

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ١٥، من كتاب القراض، باب ١٤ (المحاسبة في القراض) ص٦٩٩، ٧٠٠.
(٢) الموطأ، بعد الحديث رقم ١٥، من كتاب القراض باب ١٤ (المحاسبة في القراض) ص٧٠٠.
(٣) انظر الحاشية السابقة.

١٥ ـ باب ما جاء في القراض

١٣٧١ ـ قَالَ مَالِكٌ: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إلى رَجُلٍ مالاً قِرَاضاً، فَابْتَاعَ بِهِ سِلْعَةً، فَقَالَ لَهُ صَاحِبُ الْمَالِ: بِعْهَا، وَقَالَ الَّذِي أخذَ الْمَالَ لا أرَى وَجْهَ بَيْعٍ، فَاخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ، قَالَ: لا يُنْظَرُ إلى قَوْلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَيُسْأَلُ عَنْ ذَلِكَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ وَالْبَصَرِ[١] بِتِلْكَ السِّلْعَةِ، فَإِنْ رَأوا وَجْهَ بَيْعٍ، بِيعَتْ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ رَأَوْا وَجْهَ انْتِظَارٍ، انْتُظِرَ بِهَا.

قال أبو عمر: خَالَفَهُ الشَّافِعِيُّ، وَالكُوفِيُّونَ، فَقَالُوا: تُبَاعُ [فِي الوقتِ]؛ لأنَّ حِصَّةَ رَبِّ المَالِ فِي الرِّبْح كَحِصَّةِ العَامِلِ، فَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُما أنْ ينقضَ القِرَاضَ قَبْلَ العَمَلِ وَبَعْدَهُ؛ لأنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ لازِمٍ لِوَاحِدٍ مِنْهُما.

وَقَدْ خَالَفَ سَحْنُونُ ابْنَ القَاسِمِ فِي العَامِلِ بِالقِرَاضِ يَبِيعُ [السِّلَعَ] بِدَيْنٍ، ثُمَّ يَأبى مِنْ تَقَاضِي الثَّمَنِ، وَيُسلمُ ذَلِكَ إلى رَبِّهِ، وَيَرْضى بِذَلِكَ رَبُّ المَالِ.

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: لا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ العَامِلِ يَمُوتُ وَيسلمُ وَرَثَتُهُ المَالَ إلى رَبِّهِ يَتَقَاضَاهُ عَلى أَنَّهُ لا شَيْءَ لَهُم مِنَ الرِّبْح.

وَأنْكَرَ ذَلِكَ سَحْنُونُ، وَلَمْ يُبَيِّنِ الوَجْهَ الَّذِي كَرِهَهُ.

قَالَ مَالِكٌ[٢]: فِي رَجُلٍ أخَذَ مِنْ رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَعَمِلَ فِيهِ، ثُمَّ سَأَلَهُ صَاحِبُ الْمَالِ عَنْ مَالِهِ، فَقَالَ: هُوَ عِنْدِي وَافِرٌ، فَلَمَّا آخَذَهُ بِهِ، قَالَ: قَدْ هَلَكَ عِنْدِي مِنْهُ كَذَا وَكَذَا، لِمَالٍ يُسَمِّيهِ، وَإِنَّما قُلْتُ لَكَ ذَلِكَ لِكَيْ تَتْرُكَهُ عِنْدِي، قَالَ: لا يَنْتَفِعُ بِإِنْكَارِهِ بَعْدَ إقْرَارِهِ أنَّهُ عِنْدَهُ، وَيُؤْخَذُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ، إلا أنْ يَأْتِيَ فِي هَلاكِ ذَلِكَ الْمَالِ بِأمْرٍ يُعْرَفُ بِهِ قَوْلُهُ. فَإنْ لَمْ يَأْتِ بِأمْرٍ مَعْرُوفٍ، أُخِذَ بِإقْرَارِهِ وَلَمْ يَنْفَعْهُ إِنْكَارُهُ.

قال أبو عمر: هَذَا كَمَا قَالَ مَالِكٌ، لا خِلافَ فِي ذَلِكَ.

وَأمَّا لَو قَالَ: هَلكَ بَعْدَ ذَلِكَ، كَانَ مُصدقاً عِنْدَ الجَمِيعِ، إلا أنْ يَتَبَيَّنَ كَذِبهُ.

قَالَ مَالِكٌ[٣]: وَكَذَلِكَ أيْضاً لَوْ قَالَ: رَبِحْتُ فِي الْمَالِ كَذَا وَكَذَا، فَسَأَلَهُ رَبُّ الْمَالِ أنْ يدْفَعَ إلَيهِ مَالَهُ وَربْحَهُ، فَقَالَ: مَا رَبِحْتُ فِيهِ شَيْئاً، وَمَا قُلْتُ ذَلِكَ إلا لأنْ تُقِرَّهُ فِي يَدِي: فَذَلِكَ لا يَنْفَعُهُ، وَيُؤْخَذُ بِمَا أقَرَّ بِهِ، إلا أنْ يَأْتِيَ بِأمْرٍ يُعْرَفُ بِهِ قَوْلُهُ وَصِدْقُهُ، فَلا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ.

١٣٧١ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٦، من كتاب القراض، باب ١٥ (ما جاء في القراض).

(١) أهل المعرفة والبصر: أي أهل الخبرة.

(٢) الموطأ، بعد الحديث رقم ١٦، من كتاب القراض، باب ١٥ (ما جاء في القراض)، ص٧٠١.

(٣) انظر الحاشية السابقة.

وَهَذَا أيضاً لا خِلافَ فِيهِ، وَقَدْ أجْمَعُوا أَنَّ الرُّجُوعَ فِي حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ بَعْدَ الإِقْرَارِ لا ينْفعُ الرَّاجع عَمَّا أقَرَّ بِهِ، وَأنَّهُ يَلْزَمُهُ إقْرَارُهُ فِي أمْوالِ الآدَمِيِّنَ كُلِّها.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي رَجُلٍ دَفَعَ إلى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، فَرَبِحَ فِيهِ رِبْحاً، فَقَالَ الْعَامِلُ: قَارَضْتُكَ عَلَى أنَّ لي الثُّلُثَيْنِ، وَقَالَ صَاحِبُ الْمَالِ: قَارَضْتُكَ عَلَى أنَّ لَكَ الثُّلُثَ، قَالَ مَالِكٌ: القَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ، وَعَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْيَمِينُ، إذَا كَانَ مَا قَالَ يُشْبِهُ قِرَاضَ مِثْلِهِ.

قال أبو عمر: لَمْ يَخْتَلِفْ أصْحَابُ مَالِكٍ فِي أنَّ القَولَ قَولُ العَامِلِ فِي ذَلِكَ.

وَذَكَرَ ابْنُ حبيب أنَّ اللَّيْثَ خَالَفَهُ فِي ذَلِكَ، فَقَالَ: يْحملانِ على قِرَاضِ مِثْلِهِمَا.

وَاخْتَارَ ابْنُ حبيبٍ قَولَ مَالِكٍ.

وَذَكَرَهُ ابْنُ وَهبٍ فِي «مُوَطَّئِهِ»، قَالَ: قَالَ اللَّيْثُ: يْحملانِ عَلى قِرَاضِ المُسْلِمِينَ [لِلنِّصْفِ].

قال أبو عمر: قَدْ قَالَ مَالِكٌ: إنَّ العَامِلَ إذَا جَاءَ بِما يسْتنكرُ [لَمْ يصدقْ، وَرِدَّ إلى قِرَاضِ مِثْلِهِ.

وَهُوَ قَولُ اللَّيْثِ.

وَإنَّما الاخْتِلافُ بَيْنَهُما أنَّ العَامِلَ لا يردُّ إلى قِرَاضِ مِثْلِهِ إذَا جَاءَ بما يُشْبِهُ أنْ يَتَقَارَضَ النَّاسُ عَليهِ، وَإنَّما يُردُّ إلى قِرَاضِ مِثْلهِ إذَا جَاءَ بما يسْتنكرُ]، وَبِمَا لا يستَنكرُ.

وَقَالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحَابُهُ، وَالثَّوريُّ: إذَا رَبِح فَقَالَ رَبُّ المَالِ: شَرطْتُ لَكَ النِّصْفَ، وَقَالَ العَامِلُ: شَرطْتُ لَكَ الثُّلُثَيْنِ، فَالقَولُ قَولُ رَبِّ المَالِ.

وَقَالَ الشَّافِعيُّ: يَتَحالَفَانِ، وَيَكُونُ لِلعَامِلِ أجْرُ مِثْلِهِ عَلى رَبِّ المَالِ.

قَالَ مَالِكٌ[2]، فِي رَجُلٍ أعْطَى رَجُلاً مائَةَ دِينَارٍ قِرَاضاً، فَاشْتَرَى بِهَا سِلْعَةً، ثُمَّ ذَهَبَ لِيَدْفَعَ إلى رَبِّ السِّلْعَةِ الْمائَةَ دِينَارٍ، فَوَجَدَهَا قَدْ سُرِقَتْ، فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: بِعِ السِّلْعَةَ، فَإنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ. كَانَ لِي، وَإنْ كَانَ فِيهَا نُقْصَانٌ كَانَ عَلَيْكَ؛ لأنَّكَ أنْتَ ضَيَّعْتَ. وَقَالَ الْمُقَارَضُ: بَلْ عَلَيْكَ وَفَاءُ حَقِّ هَذَا، إنَّما اشْتَرَيْتُهَا بِمَالِكَ الَّذِي أعْطَيْتَنِي. قَالَ مَالِكٌ: يَلْزَمُ الْعَامِلَ الْمُشْتَرِيَ أدَاءُ ثَمَنِهَا إلى الْبَائِعِ. وَيُقَالُ لِصَاحِبِ الْمَالِ الْقِرَاضِ: إنْ شِئْتَ فَأدِّ الْمائَةَ الدِّينَارِ إلى الْمُقَارِضِ، وَالسِّلْعَةُ بَيْنَكُمَا، وَتَكُونُ

(١) انظر الحاشية ما قبل السابقة.

(٢) الموطأ، بعد الحديث رقم ١٦، من كتاب القراض. باب ١٥ (ما جاء في القراض) ص٧٠١، ٧٠٢.

قِراضاً على ما كانَتْ عَلَيْهِ المائةُ الأولى، وَإنْ شِئْتَ فابْرَأْ مِنَ السِّلْعَةِ، فَإنْ دَفَعَ المِائَةَ دِينَارِ إلى العَامِلِ كَانَتْ قِرَاضاً عَلَى سُنَّةِ القِرَاضِ الأوَّلِ، وَإنْ أبى، كَانَتِ السِّلْعَةُ لِلْعَامِلِ، وَكَانَ عَلَيْهِ ثَمَنُهَا.

قال أبو عمر: قَولُ اللَّيْثِ [بْنِ سَعْدٍ] فِي هَذِهِ المَسْألَةِ كَقَولِ مَالِكٍ سَواءٌ، فَإنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقَارِضِ مَالٌ بِيعَتْ عَليهِ السِّلْعَةُ، وَكَانَ الرِّبْحُ لَهُ، وَعَلَيهِ النُّقْصَانُ، فَإنْ كَانَ [لَهُ] مَالٌ وَأدَّى ثَمَنَها كَانَتِ السِّلْعَةُ لَهُ إذَا أبى رَبُّ المَالِ مِنْ أدَائِهِ، وَإنْ أدَّى رَبُّ المَالِ الثَّمَنَ، كَانَ القِرَاضُ مُستأنَفاً عَلى شَرْطِ القِرَاضِ الأوَّلِ.

هَذَا كُلُّهُ عِنْدِي مَعْنى قَولِ الشَّافِعِيِّ؛ لأنَّهُ قَالَ: إذَا اشْتَرى العَامِلُ، وَجَاءَ لِيَدْفَعَ الثَّمَنَ، فَوَجَدَ المَالَ قَدْ ضَاعَ، فَلَيْسَ على رَبِّ المَالِ شَيْءٌ، وَالسِّلْعَةُ لِلْمُقَارِضِ.

وَأمَّا أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحَابُهُ، فَقَالُوا: إذَا اشْتَرى وَهلكَ المالُ في يَدِهِ قَبْلَ أنْ ينتقدَ، كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلى رَبِّ المَالِ، وَيكُونُ [رَأسُ] المَالِ مَا دفعَ أوَّلا وآخِراً، مِثَالُ ذَلِكَ أنْ يَكُونَ المَالُ الَّذِي أخَذَهُ قِرَاضاً ألْفُ دِرْهَمٍ، فَيَشْتَرِي سِلْعَةً بِألْفِ دِرْهَمٍ، ويَهلكَ المَالُ فِي يَدِهِ قَبْلَ أنْ ينتقدَهُ، فَإنَّهُ يرجعُ على رَبِّ المالِ بِألْفِ دِرْهَمٍ، وَيَكُونُ رَأسُ مَالِهِ فِي تِلْكَ [المُضَارَبَةِ] العَين لا يستحقُّ شَيْئاً مِنَ الرِّبْحِ حَتَّى تتمَّ الألْفانِ، ثُمَّ الرِّبْحُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]، في المُتَقَارِضَيْنِ إذَا تَفَاصَلا فَبَقِي بِيَدِ العَامِلِ مِنَ المَتَاعِ الَّذِي يَعْمَلُ فِيهِ خَلَقُ القِرْبَةِ أوْ خَلَقُ الثَّوْبِ أوْ مَا أشْبَهَ ذَلِكَ. قَالَ مَالِكٌ: كُلُّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ كَانَ تَافِهاً، لا خَطْبَ لَهُ، فَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَلَمْ أسْمَعْ أحداً أفْتَى بِرَدِّ ذَلِكَ، وَإنَّما يُرَدُّ مِنْ ذَلِكَ الشَّيْءُ الَّذِي لَهُ ثَمَنٌ، وَإنْ كَانَ شَيْئاً لَهُ اسْمٌ، مِثْلُ الدَّابَّةِ أو الجَمَلِ أو الشَّاذَكُونَةِ، أو أشْبَاهِ ذَلِكَ مِمَّا لَهُ ثَمَنٌ، فَإنِّي أرى أنْ يَرُدَّ مَا بَقِي عِنْدَهُ مِنْ هَذَا. إلا أنْ يَتَحَلَّلَ صَاحِبَهُ مِنْ ذَلِكَ.

قال أبو عمر: رَوى ابْنُ القَاسِمِ، عَنْ مَالِكٍ أنَّهُ سُئِلَ عَنِ الجبَّةِ تَفْضُلُ لِلعَامِلِ فِي القِرَاضِ، أو نَحو ذَلِكَ مِنْ ثِيَابِهِ، ثُمَّ يُعَامِلهُ رِدُّ المَالِ هَلْ ينزعُ ذَلِكَ مِنْهُ؟ فَقَالَ: مَا عَلِمْتُ أنَّهُ يُؤخَذُ مِثْلُ هَذَا مِنْهُ.

وَقَالَ سَحْنُونُ: مَا كَانَ لَهُ بَالٌ أخذَ مِنْهُ، وَحُسِبَ فِي المَالِ، وَما لَمْ يَكُنْ لَهُ بَالٌ، مِثْلُ الحبلِ والقِرْبَةِ، وَالشَّيْءِ الخَفِيفِ، فَإنَّهُ يتركُ لَهُ.

قال أبو عمر: قَولُ اللَّيْثِ فِي هَذِهِ المَسْألَةِ كَقَولِ مَالِكٍ؛ لأنَّهُ قَالَ: لا يردُّ خلقاً

---

(١) الموطأ، بعد الحديث رقم ١٦، من كتاب القراض. باب ١٥ (ما جاء في القراض)، ص٧٠٢.

تَافِهاً مِنَ الثِّيَابِ، وَلا مِنَ الأَسْقِيَةِ، وَلا الحبلِ، وَشِبْهِهِ.

وَأَمّا أَبُو حَنِيفَةَ، والشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُهما، فَقَالُوا: يردُّ قَلِيلُ ذَلِكَ وَكَثِيرُهُ.

وَاحْتَجَّ بَعْضُهم بِقَولِ النَّبِيِّ ﷺ لِعَائِشَةَ - رَضِي اللَّهُ عَنْها -: «يَا عَائِشَةُ إِيَّاكِ وَمُحقَّرَاتِ الذُّنُوبِ، فَإِنَّ لَها مِنَ اللَّهِ طَالِباً»[1].

---

(١) أخرجه البخاري في الرقاق باب ٣٢، وابن ماجه في الزهد باب ٢٩، والدارمي في الرقاق باب ١٧، وأحمد في المسند ١/٤٠٢، ٥/٣٣١، ٦/٧٠، ١٥١.

٣٣

كتاب المساقاة[(١)]

١ ـ باب ما جاء في المساقاة

١٣٧٢ ـ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِيَهُودِ خَيْبَرَ، يَوْمَ افْتَتَحَ خَيْبَرَ: «أُقِرُّكُمْ فِيهَا مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى أَنَّ الثَّمَرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ» قَالَ، فَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ فَيَخْرُصُ[(٢)] بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ. ثُمَّ يَقُولُ: إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ، وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي. فَكَانُوا يَأْخُذُونَهُ.

١٣٧٣ ـ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَبْعَث عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ إِلى خَيْبَرَ، فَيَخْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ يَهُودِ خَيْبَرَ. قَالَ، فَجَمَعُوا لَهُ حَلْياً مِنْ حَلْيِ نِسَائِهِمْ، فَقَالُوا لَهُ: هَذَا لَكَ، وَخَفِّفْ عَنَّا، وَتَجَاوَزْ فِي الْقَسْمِ. فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ: يَا مَعْشَرَ الْيَهُودِ! وَاللَّهِ إِنَّكُمْ لَمِنْ أَبْغَضِ خَلْقِ اللَّهِ إِلي وَمَا ذَاكَ بِحَامِلِي عَلى أَنْ أَحِيفَ عَلَيْكُمْ فَأَمَّا مَا عَرَضْتُمْ مِنَ الرَّشْوَةِ فَإِنَّهَا سُحْتٌ، وَإِنَّا لا نَأْكُلُها. فَقَالُوا: بِهَذَا قَامَتِ السَّمَوَاتُ وَالأَرْضُ.

قال أبو عمر: هكذا رَوى مَالِكٌ في حَدِيثِهِ؛ «عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ»، مُرْسلاً، وَتَابَعَهُ مَعمرٌ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ ابْنِ شِهَابٍ عَلى إِرْسَالِهِ، وَقَدْ وَصَلَتْهُ مِنْهُم طَائِفَةٌ مِنْهُم: صَالِحُ بْنُ أَبِي الأَخْضرِ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمَّا فَتَحَ خَيْبَرَ دَعَا الْيَهُودَ فَقَالَ: «نُعْطِيكُم الثَّمَرَ عَلى أَنْ تعْمَلُوها أُقِرّكُم مَا أقَرّكُم اللَّهُ»، فَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَة

---

(١) المساقاة: مفاعلة من السقي، وهي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن التمر بينهما.

١٣٧٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ١، من كتاب المساقاة، باب ١ (ما جاء في المساقاة).

(٢) يخرص: الخرص هو حزر ما على النحل من الرطب تمراً، ويقال: خرص النخل يخرصه.

١٣٧٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه أبو داود في البيوع حديث ٣٤١٣.

فَيخْرصُها عَلَيْهِم، ثُمَّ يُخَبِّرُهم، أيأْخُذونَ بِخَرْصِهِ، أمْ يَتْرُكُونَ.

وَاخْتَلَفَ العُلَمَاءُ فِي افْتِتَاح خَيْبَرَ: هَلْ كَانَ عنوةً أو صُلْحاً، أو خَلا أهْلُها عَنْها بِغَيرِ قِتَالٍ، فَحَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ [بْنُ مُحَمَّدٍ] قَالَ: حَدَّثَنِي مُحَمَّدُ [بْنُ بَكْرٍ]، قَالَ: حَدَّثَنِي [أبو] دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثَنِي يَعْقُوبُ بْنُ إبْرَاهِيمَ، وَزِيَادُ بْنُ أيُّوبَ، قَالا حَدَّثَنِي إسْمَاعِيلُ بْنُ إبْرَاهِيمَ، عَنْ عَبْدِ العَزِيزِ بْنِ صهيبٍ، عَنْ أنَسٍ، أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ غَزَا خَيْبَرَ، فَأَصَبْنَاهَا عَنْوَةً[1].

فاحْتَجَّ بِهَذَا مَنْ جَعَلَ فَتْحَ خَيْبَرَ عَنْوَةٍ، وَاحْتَجُّوا أيضاً بِرِوَايَةِ مَعمرٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ فِي هَذَا الحَدِيثِ، فَقَالَ: خَمَّسَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَيْبَرَ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ، وَلا لأصْحَابِهِ عُمالٌ يَعْمَلُونَها، وَيَزْرَعُونَها، [فَدَعَا يَهُودَ خَيْبَرَ، وَكَانُوا قَدْ أُخْرِجُوا مِنْها]، فَدَفَعَ إلَيهِم خَيْبَرَ على أنْ يعملوها على النِّصْفِ يُؤَدُّونَهُ إلى النَّبِيِّ ﷺ، وَأصْحَابِهِ، وَقَالَ [لَهُمْ]: «أقِرُّكُم على [ذَلِكَ] مَا أقَرَّكُمُ اللَّهُ»، وَذَكَرَ تَمامَ الخَبرِ.

قَالُوا: وَلا يُخمسُ إلا مَا كَانَ أخَذ عنوةً، وَأوجَفَ المُسْلِمُونَ عَليهِ بِالخَيْلِ، وَالرّجلِ.

وَقَالَ آخَرُونَ: كَانَتْ خَيْبَرُ حصُوناً كَثِيرَةً، فَمِنْها مَا أُخِذَ عنوةً بالقِتَالِ، وَالغَلَبَةِ، وَمِنْها ما صَالَحَ عَليهِ أهْلها، وَمِنْها مَا أسْلَمهُ أهْلُهُ للرُّعبِ، والخَوفِ بِغَيرِ قِتَالٍ طَلَباً لِحَقْنِ دِمَائِهِم.

وَرَوى ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ أنَّ خَيبرَ كَانَ بَعْضُها عنْوةً، وَبَعَضُها صُلْحاً.

قَالَ: وَ «الكُتيبَةُ» أكْثرها عنوةً، وَمِنْها صُلْحٌ.

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: قُلْتُ لِمَالِكٍ: وَما الكُتَيْبَةُ؟ قَالَ: مِنْ أرْضِ خَيْبَرَ، وَهِيَ أرْبَعُونَ ألْفَ عَذْق[2].

قَالَ مَالِكٌ: وَكَتَبَ المهديُّ أمِيرُ المُؤْمِنِينَ أنْ تَقسمَ «الكتيبةُ» مَعَ صَدَقَاتِ النَّبيِّ ﷺ، فَهُم يُقَسمونَها فِي الأغْنِيَاءِ، والفُقَرَاءِ.

وَقِيلَ لِمَالِكٍ: أفَتَرَى ذَلِكَ للأغْنِيَاءِ؛ قَالَ: لا، وَلَكِنْ [أرى] أنْ تُفَرَّقَ عَلى الفُقَرَاءِ.

---

(١) أخرجه البخاري في الصلاة باب ١٢، ومسلم في الجهاد حديث ١٢٠، والنكاح حديث ٨٤، وأبو داود في الإمارة باب ٢٤، والنسائي في النكاح باب ٧٩، وأحمد في المسند ٣/ ١٠٢.

(٢) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب ٢٤، حديث ٣٠١٧.
والعذق: بفتح فسكون: النخلة.

وَقَالَ مُوسى بْنُ عُقْبَةَ: كَانَ مِمَّا أفاءَ اللَّهُ عَلى المُسْلِمِينَ مِنْ خَيْبَرَ نِصْفَها، فَكَانَ النِّصْفُ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، وَالنِّصْفُ الآخَرُ لِلمُسْلِمِينَ، فَكَانَ الَّذِي لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ النِّصْفَ، وَهِيَ الكُتَيبةُ، وَالوَطِيحةُ، وَسَلالمُ، ووخْدَهُ، وكَانَ النِّصْفُ الثَّانِي لِلمُسْلِمِينَ: نطاة، وَالشقُّ.

قال أبو عمر: قَدْ ذَكَرْنَا فِي «التَّمْهِيدِ» فِي بَابِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ مِنَ الآثَارِ المَرْفُوعَةِ، وَغَيْرِها فِي فَتْحِ خَيْبَرَ، وَكَيْفَ كَانَتْ قسْمتُها مَا فِيهِ كِفَايَةٌ.

وَلَمْ يَخْتَلِفْ أَهْلُ العِلْمِ فِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَسمَ نِصْفَها، وَإِنَّما اخْتَلَفُوا فِي قِسْمَةِ جَمِيعِها، وَذَكَرْنَا هُنَاكَ اخْتِلَافَ العُلَمَاءِ فِي قِسْمَةِ الأرضِينَ، وَفِي تَوْقِيفِها.

وَاخْتِصَارَ ذَلِكَ أَنَّ مَالِكاً وَأصْحَابَهُ كَانُوا يرَوْنَ أنَّ كُلَّ بَلْدَةٍ تُفْتَحُ عنوةً، فَإِنَّ أَرْضَها مَوْقُوفَةٌ، حُكْمُها حُكْمُ الَّتي لِكُلِّ مَنْ حَضَرَها، وَمَنْ لَمْ يَحْضرْهَا، وَمَنْ يَأْتِي مِنَ المُسْلِمِينَ بَعْدُ إِلى يَومِ القِيامَةِ عَلى مَا صَنَعَ عُمَرُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ بِأَرْضِ سَوَادِ العِرَاقِ، وَأَرْضِ مِصْرَ، وَالشَّامِ جَعَلَها مَوْقُوفَةً مَادة للمُسلمينَ أهْلِ ذَلِكَ المصر، وَمَنْ يَجِيءُ بَعْدَهُم.

وَاحْتجَّ عُمَرُ ـ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ ـ فِي ذَلِكَ بِالآيَةِ فِي سُورَةِ الحَشْرِ: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ﴾ الآية إلى قَولِهِ: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ﴾ [الحشر: ٧ ـ ١٠].

وَقَالَ: مَا أَحَدٌ إلا وَلَهُ فِي هَذَا المَالِ حَقٌّ حَتَّى الرَّاعِي، وَكَانَ [يفرضُ] للمنفوس، والعبد.

وَرَوى مَالِكٌ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، [عَنْ أبيهِ]، عَنْ عُمَرَ، قَالَ: لَولا آخرُ النَّاسِ مَا افْتَتَحْتُ قَرْيَةً إلا قَسمْتُها كَمَا قَسمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَيْبَرَ(١).

رَوَاهُ ابْنُ مَهْدِيٍّ، وَغيرُهُ، عَنْ مَالِكٍ].

وَكَانَ فِعْلُ عُمَرَ فِي تَوْقِيفِ الأَرْضِ بِمحْضَرٍ مِنَ الصَّحابَةِ مِنْ غَيرِ نَكِيرٍ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلى أَنَّ مَعْنى قَولِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١] فِيمَا عَدَا الأرضِينَ، وَإِنَّ الأرْضَ لا تَدْخُلُ فِي عُمُومِ هَذَا اللَّفْظِ.

وَاسْتَدَلَّ مَنْ ذَهَبَ إلى هَذَا بِأَنَّ الغَنَائِمَ الَّتِي أُحِلَّتْ لِلمُسْلِمِينَ، وَلَمْ تحلَّ لأحَدٍ قَبْلَهُم، إِنَّما كَانَتْ مَا تَأْكُلُهُ النَّارُ.

---

(١) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب ٢٤، حديث ٣٠٢٠.

وَذَكَرَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحَاقَ، قَالَ: حَدَّثَنِي يَحْيَى بْنُ عَبْدِ الحَمِيدِ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو مُعَاوِيَةَ، عَنِ الأَعْمَشِ، عَنْ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَمْ تَحلَّ الغَنَائِمُ لِقَومٍ سُودِ الرُّؤُوسِ قَبْلَكُم، كَانَتْ تَنزِلُ نَارٌ مِنَ السَّمَاءِ، فَتَأْكُلُها»(١)، وَذَكَرَ تَمَامَ الخَبرِ.

وَرَوَى مَعمرٌ، عَنْ همام بْنِ منبهٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «غَزَا نَبِيٌّ مِنَ الأَنْبِيَاءِ، فَقَالَ: لَا يَنْبَغِي أَحَدٌ مَلَكَ بِضْعَ امْرَأةٍ، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَبْنِيَ بِها»، وَذَكَرَ الحَدِيثَ، وَفِيهِ: أَنَّهُ غَزَا قَرْيَةً، فَدَنَا مِنها بَعْدَ العَقْدِ، فَقَالَ لِلشَّمْسِ: إِنَّكِ مَأْمُورَةٌ، وَأَنَا مَأْمُورٌ، اللَّهُمَّ احْبِسْهَا عَلَيْنَا، فَحُبِسَتْ حَتَّى فَتَحَ اللَّهُ عَليهِ، فَجَمَعَ الغَنَائِمَ، فَجَاءَتِ النَّارُ لِتَأْكُلَها، فَلَمْ تَطْعَمْها، فقَالَ: إِنَّ فِيكُمْ غلُولاً [فلْيُبَايِعْنِي مِنْ كُلِّ قَبيلَةٍ رَجُلٌ؛ فبَايَعُوهُ، فَلَصقَتْ يَدُ رَجُلٍ بِيَدِهِ فقَالَ: فِيكُمُ الغُلُولُ فَلْتُبَايعني قَبيلَتُكَ، فَبَايعَتْهُ، قَالَ: فَلَصِقَتْ بِيَدِ رَجُلَيْنِ أو ثَلاثَةٍ، فقَالَ: فيكُمُ الغُلُولُ أَنْتُمْ غَلَلْتُمْ] فَجَاؤوا بِرأسِ بَقَرَةٍ مِنْ ذَهَبٍ، فَوَضَعُوها، فَجَاءَتِ النَّارُ، فَأَكَلَتْها، ثُمَّ أَحَلَّ اللَّهُ لَنَا الغَنَائِمَ؛ لِمَا رَأَى مِنْ عَجْزِنَا، وَضَعْفِنَا أَحَلَّها لَنَا.

رَوَاهُ عَبْدُ الرَّزَاقِ(٢)، وَهِشَامُ بْنُ يُوسُفَ، وَابْنُ المُبَارَكِ، وَمُحمدُ بْنُ ثَورٍ عَنْ مَعمرٍ بِمَعْنًى وَاحِدٍ.

وَمِمَّا رُوِيَ: أَنَّ هَارُونَ ـ عَليهِ السَّلام ـ أَمَرَ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنْ يُحرِّقُوا مَا كَانَ بِأَيْدِيهم مِنْ مَتَاعِ فِرْعَوْنَ، فَجَمَعُوهُ، وَأَحْرَقُوهُ، فَأَلْقَى السَّامِرِيُّ فِيهِ القَبْضَةَ الَّتِي كَانَتْ فِي يَدِهِ مِنْ أَثرِ الرَّسُولِ، يُقَالُ: مِنْ أَثرِ جبريلَ ـ عَليهِ السَّلامُ ـ فَصَارَتْ عِجلاً لَهُ خُوارٌ(٣).

وَمَعْلُومٌ أَنَّ الأَرْضَ لَمْ تَجرِ هَذَا المجْرى.. إلى أَشْيَاءَ أُخَرَى احْتَجُّوا بِها، لَيْسَ [فِيها] بَيَانٌ قَاطِعٌ أَحْسَنُها حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ [عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ]: «مَنَعَتِ العِرَاقُ دِرْهَمَهَا وَقَفِيزَها، وَمَنَعتِ الشَّامُ مُدْيَهَا وَدِينَارَهَا..»(٤).

وَمَنَعَتْ هَا هُنا بِمَعْنى سَتَمْنَعُ.

قَالُوا: وَهُوَ مَا ضَرَبَهُ عُمَرُ عَلى كُلِّ جَدِيبٍ مِنَ الأَرضِينَ المُفْتَتَحةِ، وَعَلى مَا ذَهَبَ إِليهِ مَالِكٌ فِي تَوْقِيفِ الأَرضينَ جَماعَةُ الكُوفِيِّينَ، إلا أَنَّهُم قَالُوا: إِنَّ الإِمَامَ مُخيَّرٌ

---

(١) أخرجه الترمذي في تفسير سورة ٨، باب ٧.

(٢) المصنف ٥/ ٢٤١.

(٣) أخرجه البخاري في الزكاة باب ٤٣، والأحكام باب ٢٤، ومسلم في الإمارة حديث ٢٦.

(٤) أخرجه مسلم في الفتن حديث ٣٣، وأبو داود في الإمارة باب ٢٩، وأحمد في المسند ٢/ ٢٦٢.

فِي الأَرْضِ إِنْ شَاءَ قسمها [وَأهلها] بَيْنَ الغَانِمين كَسَائِرِ الغَنِيمَةِ كَما فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي خَيْبَرَ، وَإِنْ شَاءَ أَقَرَّ أَهْلَها عَلَيْهَا، وَجَعَلَ عَلَيهم الخَرَاجَ، وَتَكُونُ مِلْكاً لَهُم، يَجُوزُ بَيْعُهم لَها كَسَائِرِ [مَا يمْلكُونَ].

وَأَمَّا مَالِكٌ، فَلا يَرى الإِمَامَ مُخَيَّراً فِي ذَلِكَ، وَأَرْضُ العنْوةِ عِنْدَهُ غيرُ مَمْلُوكَةٍ، وَإِنَّما المَمْلُوكَةُ عِنْدَهُ أَرْضُ الصُّلْحِ التِّي صَالَحَ عَلَيها أَهْلَها.

وَقَدْ شَرَحْنَا هَذِهِ المَعَانِي فِي «التَّمْهِيدِ».

وَكَانَ الشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُهُ يَذْهَبُونَ إِلى أَنَّ الإِمَامَ يُقسمُ الأَرْضَ فِي كُلِّ مَا افتتحَ عنْوةً، كَمَا يَقسمُ سَائِرَ الغَنَائِمِ وَأَنَّ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِها مَمْلُوكَةٌ لِلْمُوجفِينَ عَلَيها بِالخَيْلِ، والرِّكَابِ، وَمَنْ حَضَرَ القِتَالَ، وَالفَتْحَ مِنْ مُقَاتِلٍ، وَمُكْثِرٍ بَالغٍ حُرٍّ.

وَإِنَّما الخُمْسُ عِنْدَهُ المَقْسُومُ عَلى مَا نَصَّ اللَّهُ تَعالى فِي [كِتَابِهِ] فِي سورة الأَنْفَالِ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا مَعَانِي الخُمْسِ، واختِلافَ أَهْلِ العِلْمِ فِي كِتَابِ الجِهَادِ، وَإِنَّما ذَكَرْنَا هَا هُنَا طَرفاً مِنْ أَحْكَامِ الأَرضينَ المُفْتتحات عنْوةً؛ لِمَا جَرى مِنْ فَتْحِ خَيْبَرَ، وَاخْتَلَفَ العُلَماءُ فِي ذَلِكَ.

وَحُجَّةُ الشَّافِعِيِّ فِيما ذَهَبَ إِليهِ. مِنْ هَذَا البَابِ عُمومُ قَولِ اللَّهِ عَزَّ وَجلَّ. ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ الآية [الأنفال: ٤١] يَعْني وَالأَرْبَعَةَ الأَخْمَاسِ لِلْغَانِمِينَ، فَمَلكَهم كُلَّ مَا غَنمُوا مِنْ أرضٍ، وَغَيْرِها [مَعَ] مَا رُوِيَ فِي خَيْبَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قسمها بَيْنَ أَهْلِ الحُدَيبيةِ الَّذِين وَعَدَهُم اللَّهُ تَعالى بِها، وَهُمُ الَّذِينَ افْتَتَحُوهَا.

وَأَمَّا قَولُهُ فِي حَدِيثِ مَالِكٍ فِي هَذَا البَابِ: «أقرُّكُم مَا أَقَرَّكُم اللَّهُ»، فَالمَعْنى فِي ذَلِكَ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّهُ ﷺ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَكُونَ بِأَرْضِ العَرَبِ غَيرُ المُسْلِمِينَ، وَكَانَ يُحِبُّ أَلا يَكُونَ فِيها دِينانِ، كَنَحْوِ مَحَبَّتِهِ فِي اسْتِقْبَالِ الكَعبَةِ حَتَّى نَزَلَتْ: ﴿قَدْ نَرَىٰ تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا﴾ الآية [البقرة: ١٤٤].

وَكَانَ لا يَتَقَدَّمُ فِي شَيْءٍ إلا بِوَحْيٍ، وَكَانَ يَرْجُو أَنْ يُحَقِّقَ اللَّهُ رَغْبَتَهُ فِي إِبْعَادِ اليَهُودِ عَنْ جِوارِهِ، فَذَكَرَ لِيهُودِ خَيْبَرَ مَا ذَكَرَ مُنْتَظِراً لِلْقَضَاءِ [فِيهم]، فَلَمْ يُوحَ إِلِيهِ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ حَتَّى حَضرَتْهُ الوَفَاةُ، فَأَتَاهُ الوَحْيُ فِي ذَلِكَ، فَقَالَ: «لا يَبقينَّ دِينَانِ بِأَرْضِ العَرَبِ»[1]. وأوصى بذلك.

وَالشَّواهِدُ بِمَا ذَكَرْنَا كَثِيرَةٌ جِدّاً مِنْها: مَا ذَكَرهُ مَعمرٌ، عَنِ ابْنِ شِهَاب، عَنِ ابْنِ

---

(١) أخرجه مالك في المدينة حديث ١٧، ١٨، ١٩، وأحمد في المسند ٦/ ٢٨٥.

المُسيبِ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ: دَفَعَ خَيبرَ إلى اليَهُودِ عَلى أنْ يَعْمَلُوا فِيها، وَلَهُم شَطْرُها، قَالَ: فَمَضَى عَلى ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَأبو بَكْرٍ، وَصَدْراً مِنْ خِلافَةِ عُمَرَ، ثُمَّ أخْبَرَ عُمَرُ أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي وَجَعِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ: «لا يَجْتَمِعُ دِينَانِ بِأرْضِ الحِجَازِ أو قال: «بأرض العرب» ففحصَ عَنْهُ حَتَّى وجدَ التَّثْبُتُ عليهِ، فَقَالَ: مَنْ كَانَ عِنْدَهُ عَهْدٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَلْيَأْتِ بِهِ، وَإلا، فَإنِّي مُجلِيكُم، فَأجْلاهُم عمر».

وَقَدْ ذَكَرْنَا كَثِيراً مِنَ الآثارِ بِهَذَا المَعْنَى فِي «التَّمْهِيدِ»، وَالحَمْدُ للَّهِ.

وَلَيْسَ فِي قَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِلْيَهُودِ: «أقَرَّكُمُ اللَّهُ» دَلِيلٌ عَلى أنَّ المُسَاقَاةَ تَجُوزُ إلى مَجْهُولٍ، أو إلى غَيْرِ أجَلٍ؛ لأنَّ فِي قَولِهِ: أُقِرُّكُم مَا أقَرَّكُم اللَّهُ دَلِيلاً وَاضِحاً عَلى أنَّ ذَلِكَ خُصُوصٌ؛ لأنَّهُ كَانَ يَنْتَظِرُ فِي ذَلِكَ القَضَاءَ مِنْ رَبِّهِ، وَلَيسَ كَذَلِكَ غَيرُهُ.

وَقَدْ أحْكَمَتِ الشَّرِيعَةُ مَعَانِي الإجَارَاتِ، وَسَائِرِ المُعَامَلاتِ.

وَجُمْهورُ العُلَمَاءِ بِالمَدِينَةِ، وَغَيرِها المُجِيزُونَ لِلمُسَاقَاةِ، لا تَجُوزُ عِنْدَهُم إلا إلى سِنِين مَعْلُومَةٍ، أو أعْوامٍ مَعْدُودَةٍ إلا أنَّهُم يَكْرَهُونَها فِيمَا طَالَ مِنَ السِّنينَ.

وَقَدْ قِيلَ: إنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لَهُمْ: «أُقِرُّكُم مَا أقَرَّكُمُ اللَّهُ»، وكَانَ يَخْرِصُ عَلَيهم؛ لأنَّ اللَّهَ عَزَّ وجلَّ - كَانَ قَدْ أفَاءَ عَلَيهِ، وَعَلى مَنْ مَعَهُ خَيبرَ بِمَنْ فِيها، فَكَانُوا لَهُ عَبِيداً، كَما قَالَ ابْنُ شِهابٍ، أفَاءَها اللَّهُ، وَأهْلَها عَلَيهم، فَأقَرَّهُم فِيها ﷺ لِيعْمَلُوها عَلى الشَّطْرِ.

وَمَعْلومٌ أنَّهُ جَائِزٌ بَيْنَ السَّيِّدِ، وَعَبْدِهِ فِي البَيْعِ، وَغَيرِهِ مَا لا يَجُوزُ بَيْنَ الأجْنَبِيِّينَ؛ لأنَّ العَبْدَ لِسَيِّدِهِ أخْذُ مَا بِيَدِهِ مِنَ المَالِ عَنْدَ الجَمِيعِ، لا يَخْتَلِفُ فِي ذَلِكَ مَنْ يَرَاهُ يَملِكُ، وَمَنْ يَقُولُ: إنَّهُ لا يَجُوزُ أنْ يملكَ.

وَأمَا الخَرْصُ فِي المُسَاقَاةِ، فَإنَّ ذَلِكَ غَيرُ جَائِزٍ عِنْدَ جُمْهُورِ العُلَمَاءِ؛ لأنَّ المُتَسَاقِيَيْنِ شَرِيكَانِ، فَلا يَقْتَسِمَانِ الثَّمَرَةَ إلا بِمَا يَجُوزُ مِنْ بَيْعِ الثِّمَارِ [بِعْضِها بِبعْضٍ، وَبِمَا لَمْ يَدْخَلْهُ المُزَابَنَةُ؛ لِنَهْي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْها.

وَمَنْ قَالَ هَذَا قَالَ: إنَّمَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَبْعَثُ إلى يَهُودِ خَيْبَرَ مَنْ يَخْرِصُ الثِّمَارَ عَلَيهم] عِنْدَ طِيبها لإحْصَاءِ الزَّكَاةِ؛ لأنَّ المَسَاكِينَ لَيْسُوا شُرَكَاءَ مُتَعَينينَ، وَالشُّرَكَاءُ اليَهُودُ، وَلَو تُركُوا، وَأكْلَ الثَّمرِ رُطباً، والتَّصرُّفَ فيه بالعطيَّةِ، أضَرَّ ذَلِكَ بِالمُسْلِمِينَ، وبِسهم المَسَاكِين فَخرصَتْ عَلَيهم لِذَلِكَ.

وَأهْلُ الأمْوَالِ [أُمَنَاء فِي ذَلِكَ مَعَ مَا] وَصَفْنَا مِنْ قَولِهِم: إنَّ اليَهُودَ كَانُوا عَبِيداً لِلْمُسْلِمِينَ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

وَسَنَذْكُرُ اخْتِلَافَ قَولِ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ فِي قِسْمَةِ الثِّمارِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي رُؤُوسِ الشَّجرِ عِنْدَ اخْتِلَافِ أَغْرَاضِهِمْ فِي ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ، وَنَذْكُرُ مَنْ خَالَفَهُمْ فِي ذَلِكَ، وَمَنْ تَابَعَهُ عَليهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجلَّ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ العُلَماءُ قَديماً فِي جَوازِ المُزارَعَةِ، وَالمُسَاقَاةِ:

فَقَالَ مَالِكٌ: المُسَاقَاةُ جَائِزَةٌ، وَالمُزارَعَةُ لا تَجوزُ.

وَهوَ قولُ اللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ فِي رِوايَةٍ.

وَقَولُ الشَّافِعِيِّ فِي المُزارَعَةِ عِنْدَهم إِعْطَاءُ الأَرْضِ بِالثُّلُثِ، أو الرُّبعِ، أو جُزْءٍ مِمَّا تُخْرِجُ الأَرْضُ.

[إلا أَنَّ مَالِكاً أَجازَ مِنَ المُزارَعَةِ فِي الأَرْضِ البَيْضَاءِ مَا كَانَ مِنَ النَّخلِ، وَالشَّجرِ إِذَا كَانَ تَبعاً لِثَمنِ الشَّجَرِ، وَذَلِكَ أَنْ تَكُونَ الأَرْضُ بَيْنَ النَّخْلِ الثُّلثَ، وَالنَّخلُ الثُّلثينِ، وَيَكُونُ مَا تُخرجُ الأَرْضُ] لِلْعَامِلِ، أو بَيْنَهُما.

وَقَالَ أَبو حَنِيفَةَ، وَزُفَرُ: لا تَجوزُ المُزارَعَةُ، وَلا المُسَاقَاةُ بِوَجْهٍ مِنَ الوُجُوهِ، وادَّعُوا أَنَّ المُسَاقَاةَ مَنْسُوخَةٌ بِالنَّهْيِ عَنِ المُزَابَنَةِ، وَأَنَّ المُزارَعَةَ مَنْسُوخَةٌ بِالنَّهْيِ عَنِ الإِجَارَةِ المَجْهُولَةِ، وَكِرَاءُ الأَرْضِ بِبَعْضِ مَا تَخرجُ، وَنَحو هَذَا.

وَقَالَ ابْنُ أَبي لَيلى، وَالثَّوريُّ، وَأَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ: تَجُوزُ المُسَاقَاةُ، وَالمُزارَعَةُ جَمِيعاً.

وَهُوَ قَوْلُ الأَوْزَاعِيِّ، وَالحَسَنِ بْنِ حَيٍّ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحَاقَ.

وَحُجَّتُهم أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَاقَى يَهُودَ خَيْبَرَ عَلى شَرْطِ مَا تخرجُ الأَرْضُ، وَالثَّمرة.

وَسَيَأْتِي القَولُ فِيمَا يَجُوزُ بِهِ كِرَاءُ الأَرْضِ فِي بَابِ كِرَاءِ الأَرْضِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ.

وَاخْتَلفُوا فِيمَا تَجُوزُ فِيهِ المُسَاقَاةُ.

فَقَالَ مَالِكٌ: تَجُوزُ المُسَاقَاةُ فِي كُلِّ أَصْلٍ ثَابِتٍ يَبْقَى نَحْوُ النَّخْلِ، والرُّمانِ، وَالتِّينِ، وَالفِرْسِكِ، والعِنَبِ، والوَردِ والياسمينِ، [والزّيتونِ]، وَمَا كَانَ مِثْلَ ذَلِكَ مِمَّا لَهُ أَصْلٌ يَبْقى.

وَهُوَ قَولُ أَبِي ثَوْرٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلا تَجوزُ المسَاقَاةُ فِي كُلِّ مَا يُجْنى، ثُمَّ يخلفُ نحو القَصَبِ، وَالموزِ، والبقُولِ؛ لأَنَّ بَيْعَ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَبَيْعُ مَا يُجْنى بَعْدَه.

قَالَ مَالِكٌ: وَتجُوزُ المُسَاقَاةُ فِي الزَّرْعِ إِذَا [اسْتَقَلَّ عَلى وَجْهِ الأَرْضِ] وَعَجزَ صَاحِبُهُ عَنْ سَقْيِهِ، وَلا تَجُوزُ مساقَاتُهُ إلا فِي هَذِهِ الحَالِ بَعْدَ عَجْزِ صَاحِبِهِ عَنْ سَقْيِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: لا بَأسَ بِمُسَاقَاةِ القثَّاءِ والبطيخِ، إِذَا عجزَ عَنْهُ صَاحِبُهُ، وَلا تَجُوزُ مُسَاقَاةُ الموزِ، وَالقصبِ بِحالٍ.

حَكَى ذلِكَ كُلَّهُ عَنِ مَالِكٍ ابْنُ القَاسِمِ، وَابْنُ وَهْبٍ، وَابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا تَجُوزُ المُسَاقَاةُ إلا فِي النَّخْلِ، وَالكرْمِ؛ لأنَّ ثَمَرَهُما بَائِنٌ مِنْ شَجَرِهِ، وَلا حَائِلَ دُونَهُ يمنعُ إحَاطَةَ النَّظَرِ بِهِ.

قَالَ: وَثَمْرُ غيرهما مُتَفَرِّقٌ بَيْنَ أضْعَافِ وَرَقِ شَجرِهِ لا يُحاط بالنَّظَرِ إليه.

قَالَ: وَإذَا سَاقى عَلى نَخْلٍ فِيها بَيَاضٌ فَإنْ كَانَ لا يُوصلُ إلى عَملِ البياضِ إلا بالدُّخُولِ عَلى النَّخلِ وَكَانَ لا يُوصلُ إلى سَقْيهِ إلا بِشَرْكِ النَّخلِ فِي المَاءِ، وَكَانَ غير مُثِمْرٍ جَازَ أنْ يُسَاقي عَليهِ فِي النَّخلِ لا مُنْفَرِداً وَحْدهُ.

قَالَ: وَلَولا الخبرُ فِي قِصَّةِ خيبرَ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ؛ لأنَّهُ كِرَاءُ الأرْضِ بِبَعْضِ مَا يخرجُ مِنْها، وَهِيَ المُزَارَعَةُ المَنْهِيُّ عَنْها.

قَالَ: وَلَيْسَ لِلْعَمِلِ فِي النَّخْلِ أنْ يَزْرَعَ البياضَ إلا بِإذْنِ رَبِّهِ، فَإنْ فَعَلَ كَانَ كَمَنْ زَرَعَ أرْضَ غَيْرِهِ.

قال أبو عمر: مَا اعْتَلَّ بِهِ الشَّافِعِيُّ فِي جَوَازِ المُسَاقَاةِ فِي النَّخْلِ وَالعِنَبِ دُونَ غَيرِها مِنَ الأُصُولِ، فَإنَّ ثَمَرَتَها ظَاهِرَةٌ، لا حَائِلَ دُونَهُما يَمْنَعُ مِنْها؛ لإحَاطَةِ النَّظَرِ إليها لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لأن الكُمَّثْري، وَالتين، وَحَبَّ الملُوك، وَعُيونَ البَقرِ، والرُّمانَ، والأتْرجَّ، والسّفرجلَ، وَمَا كَانَ مِثْلَ ذَلِكَ كُلِّهِ يُحاطُ بِالنَّظَرِ إِليهِ، كَمَا يُحاطُ بِالنَّظَرِ إلى النَّخْلِ وَالعِنَبِ، وَالعِلّةُ لَهُ أنَّ المُسَاقَاةَ لا تَجُوزُ إلا فِيمَا يَجُوزُ فِيهِ الخَرْصُ، وَالخَرْصُ لا يَجُوزُ إلا فِيمَا وَرَدَتْ بِهِ السُّنَّةُ، فَأخْرَجَتْهُ عَنِ المُزَابَنَةِ كَمَا أخْرجَتِ العَرَايا مِنْهُما، وَذَلِكَ النَّخْلُ وَالعِنَبُ خَاصَّةً بِحَدِيثِ عتابِ بْنِ أسيدٍ فِي ذَلِكَ.

حَدَّثناهُ خَلَفُ بْنُ قَاسِم، حَدثنا حمزةُ بْنُ محمدِ بْنِ عَلِيٍّ، قَالَ: حَدَّثَنا خَالِدُ بْنُ النَّفرِ بِالبَصْرَةِ، قَالَ: حدَّثَنا عَمْرُو بْنُ عَلِيٍّ، قَالَ: حَدَّثَنِي يَزِيدُ بْنُ زُرَيعٍ، وبَشرُ بْنُ المُفَضَّلِ، قَالا: حَدَّثنا عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ إسْحاقَ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بعَثَ عَتَّابَ بْنَ أسيدٍ، وَأمَرَهُ أنْ يَخرصَ العِنَبَ، وَتُؤدَّى زَكَاتهُ كَمَا تُؤَدَّى زَكَاة النَّخْلِ تَمراً[1].

---

(١) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب ١٤، حديث ١٦٠٣، بلفظ: عن سعيد بن المسيب عن عتاب بن أسيد قال: أمر رسول الله ﷺ أن يخرص العنب كما يخرص النحل، وتؤخذ زكاته زبيباً، كما تؤخذ زكاة النخل تمراً. =

وَرَوَاهُ بِشرُ بْنُ مَنْصُورٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحمٰنِ بْنِ إِسْحَاقَ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ سَعِيد بْنِ الْمُسَيِّبِ، عَنْ عتابِ بْنِ أسيدٍ فَوَصَلَهُ فِي الظَّاهِرِ، وَلَيْسَ بِمُتَّصِلٍ عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ؛ لأَنَّ عتابَ بْنَ أسيدٍ مَاتَ بِمَكَّةَ فِي اليَوم الَّذِي مَاتَ فِيهِ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ ـ رَضيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَو فِي اليَومِ الَّذِي وَرَد النَّعْيُ بِمَوتِهِ بِمَكَّةَ وَسَعِيدُ بْنُ المُسيبِ إِنَّما وُلِدَ لِسَنَتَيْنِ مَضَتَا لِخِلافَةِ عُمَرَ ـ رَضيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَالحَدِيثُ مُرسَلٌ عَلى كُلِّ حَالٍ.

وَأَجَازَ المُسَاقَاةَ فِي الأُصُولِ كُلِّهَا أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ.

وَأَمَّا الخَرْصُ فِي المُسَاقَاةِ، وَغَيرِهَا لِلزَّكَاةِ.

فَأَجَازَهُ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَالأَوْزَاعِيُّ، وَاللَّيْثُ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ.

وَذَكَرَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ فِي «الإملَاءِ» أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ أَجَازَ الخَرْصَ للزَّكَاة خَاصَّةً فِي غيرِ المُسَاقَاةِ.

وَكَرِهَ الثَّورِيُّ الخَرْصَ، وَلَمْ يُجِزْهُ بِحَالٍ [مِنَ الأَحْوَالِ] وَقَالَ: الخَرْصُ غَيرُ مُسْتَعْمَلٍ، قَالَ: وَأَمَّا عَلى رَبِّ الحَائِطِ أَنْ يُؤَدِّي عُشْرَ مَا يَصِيرُ في يَدِهِ لِلْمَسَاكِينِ إِذَا بَلَغَ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ.

وَروى الثَّورِيُّ، وَغَيرُهُ عَنِ الشَّيْبَانيِّ، [عَنِ الشَّعْبيِّ]، قَالَ: الخَرْصُ اليَومَ بِدْعَةٌ.

وَقَالَ دَاوُدَ [بْنُ عَلِيٍّ]: الخَرْصُ لِلزَّكَاةِ جَائِزَةٌ فِي النَّخْلِ خَاصَّةً دُونَ العِنَبِ، وَدُونَ غَيرِهما مِنَ الثِّمارِ ودَفَعَ حَدِيثَ عتابِ [بْنِ أسيدٍ] مِنْ وَجْهَيْنِ:

(أحدهما): أَنَّهُ مُرْسَلٌ.

(والثَّاني): أَنَّهُ انْفَرَدَ بِهِ عَبْدُ الرَّحمٰنِ [بْنِ إِسْحَاقَ]، عَنِ الزُّهْرِيِّ، وَلَيْسَ بِالقَوِيِّ.

قال أبو عمر: أَكْثَرُ العُلَمَاءِ لا يُجيزُونَ القِسْمَةَ فِي الثِّمارِ إلا كَيْلاً بَعْدَ تناهِيها، ويَبْسِها، وَقَدْ أَجَازَهَا مِنهُمْ قَومٌ، واخْتَلَفَ فِيهَا أَصْحَابُنَا:

فَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ أَنَّ ابْنَ القَاسِمِ كَانَ يَقُولُ بِهِ.

وَروَاهُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لا تَجوزُ قِسْمَةُ الثِّمَارِ فِي رُؤُوسِ النَّخْلِ، والأَشْجَارِ إِذَا اخْتَلَفَتْ حَاجَةُ الشَّرِيكَيْنِ إِلا التَّمْرَ، والعَنَبَ فَقَطْ.

وَأَمَّا الخُوخُ، والرُّمانُ، والسَّفرجلُ، والقثَّاءُ، والبطيخُ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ

= وأخرجه أبو داود في الزكاة باب ١٧، بلفظ: عن سعيد بن المسيب عن عتاب بن أسيد أن النبي ﷺ كان يبعث على الناس من يخرص عليهم كرومهم وثمارهم.
وأخرجه النسائي في الزكاة باب ١٠٠، وابن ماجه في الزكاة باب ١٨.

الفَوَاكِهِ الَّتِي يَجُوزُ فِيها التَّفَاضُلُ يَدًا بِيَدٍ، فَإِنَّ مَالِكًا لَمْ يُجِزْ قِسْمَتَها على التَّحَرِّي، وَكَانَ يَقُولُ: المُخَاطَرَةُ تَدْخُلُهُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ فَضْلُ [أَحَدِ] النَّصِيبَيْنِ عَلَى صَاحِبِهِ.

قَالَ: وَقَالَ مُطرفٌ، وَابْنُ المَاجشونِ، وَأَشْهَبُ: لا بَأْسَ بِاقْتِسَامِهِ عَلى التَّحَرِّي، والتَّعْدِيلِ، أَو عَلى التَّجَاوُزِ وَالرِّضَا بَالتَّفَاضُلِ.

وَهُوَ قَولُ أَصبغ.

قَالَ: وَبِهِ أَقُولُ؛ لأَنَّ مَا جَازَ فِيهِ التَّفَاضُلُ جَازَ فِيهِ التَّحَرِّي.

وَذَكَرَ سَحْنُونُ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ، عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ سَأَلَهُ غيرَ مَرَّةٍ، عَنْ قِسْمَةِ الفَوَاكِهِ بِالخَرْصِ، فَأَبى أَنْ يُرَخِّصَ فِي ذَلِكَ.

قَالَ: وَذَلِكَ أَنَّ بَعْضَ أَصْحَابِنَا ذَكَرَ أَنَّهُ سَأَلَ مَالِكًا عَنْ قِسْمَةِ الفَوَاكِهِ بالخَرْصِ، فَأَرْخَصَ فِيهِ، فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَأَبَى أَنْ يُرَخِّصَ لِي فِيهِ.

وَقَالَ أشهَبُ: سَأَلْتُ مَالِكًا مَرَّاتٍ عَنْ تَمرِ النَّخْلِ، وَالأَعْنَابِ، وَغَيرِها مِنَ الثِّمَارِ تُقسمُ بِالخَرْصِ، فَكُلُّ ذَلِكَ يَقُولُ [لِي]: إِذَا طَابَتِ الثَّمَرَةُ مِنَ النَّخْلِ، وغَيرِها أَقسمْتُ بِالخَرْصِ.

واخْتَارَ هَذِهِ الرِّوَايَةِ يَحيَى بْنُ عُمَرَ قِيَاسًا عَلى جَوازِ العَرَايَا، [وَغَيرِها بالخَرْصِ] فِي غَيرِ النَّخْلِ، [وَالعِنَبِ]، كَمَا تَجُوزُ فِي النَّخْلِ، والعِنَبِ.

قَالَ: وَيجوزُ بَيْعُ ذَلِكَ كُلِّهِ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ بِخَرْصِهِ إِلى الجِذَاذِ.

[قال أبو عمر]: أَمَّا قَولُهُ: وَيَجُوزُ بَيْعُ ذَلِكَ كُلِّه بِخَرْصِهِ إِلى الجِذَاذِ] فَلا أَعْلَمُ أَحَدًا قَالَهُ قَبْلَ يَحيَى بْنِ عُمَرَ فِي بَيْعِ الثِّمَارِ بَعْضِها بِبَعْضٍ إلا [فِي] العَرَايَا خَاصَّةً.

وَأَمَّا فِي غَيرِ العَرَايا، فَلا، وَكَيْفَ يَجُوزُ ذَلِكَ، وَهُوَ تَدخُلُهُ المُزَابَنَةُ المَنْهِيُّ عَنْهَا، وَيَدخُلُهُ بَيْعُ الرطبِ باليَابِسِ، وَبَيْعُ الطَّعَام بِالطَّعَام نَسِيئَةً.

وَإِنَّما أَجَازَ مَالِكٌ ذَلِكَ فِي العَرَايَا خَاصَّةً؛ لِمَا وَرَدَ فِيها مِنْ تَخْصِيصِ مِقْدَارِها مِنَ المُزَابَنَةِ.

قَالَ يَحيَى بْنُ عُمَرَ: أَشْهَبُ لا يشترطُ فِي الثِّمَارِ إلا طِيبَها، ثُمَّ يقسمُها بَيْنَ أَرْبَابِها بَالخَرْصِ، ولا يَلْتَفِتُ إِلى اخْتِلافِ حَاجَاتِهِمْ.

وَرَواهُ عَنْ مَالِكٍ.

قَالَ: وَابْنُ القَاسِمِ يَقُولُ: لا يَجُوزُ أَنْ يَقْتَسِمَ بَيْنَهم بِالخَرْصِ إِلا أَنْ يَخْتَلِفَ غَرَضُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم، فَيرِيدُ أَحدُهُما أَنْ يبيعَ، وَيُرِيدُ الآخَرُ أَنْ ييبسَ، ويَدَّخِر وَيُرِيدُ الآخَرُ أَنْ يَأْكُلَ، فَحينئذٍ يَجُوزُ لَهُمْ قَسْمَتُها بالخَرْصِ إِذَا وَجدَ مِنْ أَهْلِ المَعْرِفَةِ مَنْ

يعرفُ الخَرْصَ، فَإِنْ لَمْ تَخْتَلِفْ حَاجَتُهم، لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ، وَإِنِ اتَّفَقُوا عَلى أَنْ يَبِيعُوا، أَو عَلى أَنْ يَأْكُلُوا رطبًا أَو عَلى أَنْ يَجِدُوها تَمْرًا، لَمْ يَقْتَسِمُوها بِالخَرْصِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَتَحْصِيلُ مَذْهَبِهِ أَنَّ الشُّرَكَاءِ فِي النَّخْلِ الْمُثْمِرِ إِذَا اقْتسمَتِ الأُصُولُ بِمَا فِيها مِنَ الثَّمَرَةِ جَازَ؛ لأَنَّ الثَّمَرَةَ تَبَعُ الأُصُولِ بِالقِسْمَةِ، وَالقِسْمَةُ عِنْدَهُ مُخَالَفَةٌ لِلبُيوعِ، قَالَ: لأَنَّها تَجُوزُ بِالقُرْعَةِ، وَالبَيْعُ لَو وَقَعَ بِالقُرْعَةِ لَمْ يَجُزْ، (وأَيضًا) فَإِنَّ الشَّرِيكَ يُجبرُ عَلى القِسْمَةِ، ولا يُجبرُ عَلى البَيْعِ، وَأَيضًا فَإِنَّ التَّحابي فِي [قسْمَةِ الصَّدَقَةِ، وَغيرها] جَائِزٌ، وَذَلِكَ مَعْرُوفٌ، وَتَطَوُّعٌ، وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي البَيْعِ.

وَلا يَجُوزُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ قِسْمَةُ الثَّمَرَةِ دُونَ الأُصُولِ قَبْلَ طِيبِها بِالخَرْصِ عَلى حَالٍ، وَتَجُوزُ عِنْدَهُ قسْمَتُها مَعَ الأُصُولِ عَلى مَا وَصفْنَا.

وَقَدْ قَالَ فِي كِتَابِ الصَّرْفِ تَجُوزُ قسْمَتُها بِالخَرْصِ إِذَا طَابَتْ، وَحَلَّ بَيْعُها، والأَوَّلُ أَشْهَرُ فِي مَذْهَبِهِ عِنْدَ أَصْحَابِهِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: إِذَا سَاقَى الرَّجُلُ النَّخْلَ وَفِيهَا الْبَيَاضُ، فَما ازْدَرَعَ الرَّجُلُ الدَّاخِلُ فِي الْبَيَاضِ، فَهُوَ لَهُ.

قَالَ: وَإِنِ اشْتَرَطَ صَاحِبُ الأَرْضِ أَنَّهُ يَزْرَعُ فِي الْبَيَاضِ لِنَفْسِهِ، فَذَلِكَ لا يَصْلُحُ؛ لأَنَّ الرَّجُلَ الدَّاخِلَ فِي الْمَالِ، يَسْقِي لِرضبِّ الأَرْضِ، فَذَلِكَ زِيَادَةٌ ازْدَادَهَا عَلَيْهِ.

قَالَ: وَإِنِ اشْتَرَطَ الزَّرْعَ بَيْنَهُمَا، فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ، إِذَا كَانَتْ الْمَؤُونَةُ كُلها عَلى الدَّاخِلِ فِي الْمَالِ، الْبَذْرُ وَالسَّقْيُ وَالعِلاجُ كُلُّهُ، فَإِنِ اشْتَرَطَ الدَّاخِلُ فِي الْمَالِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ أَنَّ الْبَذْرَ عَلَيْكَ، كَانَ ذَلِكَ غَيْرَ جَائِزٍ؛ لأَنَّهُ قَدِ اشْتَرَطَ عَلى رَبِّ المَالِ زِيَادَةً ازْدَادَهَا عَلَيْهِ، وَإِنَّما تَكُونُ الْمُسَاقَاةُ عَلَى أَنَّ عَلى الدَّاخِلِ في الْمَالِ الْمَؤُونَةَ كُلَّهَا وَالنَّفَقَةَ، وَلَا يَكُونُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مِنْهَا شَيْءٌ، فَهَذَا وَجْهُ الْمُسَاقَاةِ الْمَعْرُوفُ.

قال أبو عمر: لَمْ يُجِزْ مَالِكٌ فِي المُسَاقَاةِ إلا مَا وَرَدَتْ بِهِ السُّنَّةُ فِيها، وَالعَمَلُ؛ لأَنَّها خَارِجَةٌ عَنْ [أُصُولِ البِيَاعَاتِ، وَالإِجَارَاتِ، فَلَمْ يَتَعد بِها مَوْضِعها كَسَائِرِ المَخْصُوصَاتِ الخَارِجَةِ عَنْ] أُصُولِها الاسْتِثْناء بِها مِنْها، وَغيرهُ يُجِيزُ أَنْ يَكُونَ البَذْرُ فِي البَيَاضِ مِنْهُما مَعًا، وَيَقُولُ ذَلِكَ مَا جَوَّزَ وَأَبعدَ مِنَ المُزَارَعَةِ [عِنْدَهُما بِالثُّلثِ]، وَهِيَ كِرَاءُ الأَرْضِ بِبَعْضِ مَا تُخْرِجُهُ.

هَذَا قَولُ الشَّافِعِيِّ، وَأَصْحَابِهِ.

وَأَمَّا أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ، فَالمُزَارَعَةُ عِنْدَهُما بِالثُّلثِ، وَالرُّبعِ جَائِزَةٌ.

---

(١) الموطأ، ص٧٠٤.

وَهُوَ قَولُ اللَّيْثِ [بْنِ سَعْدٍ] فِيمَا رَوَاهُ يَحْيى بْنُ يَحيى عَنْهُ.

وَهُوَ قَولُ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبلٍ وَغيرهِمْ.

وَجَائزٌ عِنْدَهُم المُسَاقَاةُ عَلى النَّخْلِ، وَالأَرْضِ نَحو ممَّا يخرجُ هَذِهِ، وَهَذِهِ عَلى ما رَوى فِي مُسَاقَاةِ خَيبَر عَلى النِّصْفِ مِمَّا تخرجُ الأَرْضُ، وَالنَّخْلُ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَزُفَرَ، أَنَّهُ لا يَجُوزُ عِنْدَهُما المُزَارَعَةُ، وَلا المُسَاقَاةُ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ القَولُ فِي مَعنَى هَذِهِ المَسْأَلَةِ كُلِّها، وَالحَمْدُ لِلَّهِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]، فِي الْعَيْنِ تَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيَنْقَطعُ مَاؤُهَا، فَيُرِيدُ أَحَدُهُما أَنْ يَعْمَلَ فِي الْعيْنِ، وَيَقُولُ الآخَرُ: لا أَجِدُ مَا أَعْمَلُ بِهِ: إِنَّهُ يُقَالُ لِلَّذِي يُرِيدُ أَنْ يَعْمَلَ فِي الْعَيْنِ: اعْمَلْ وَأَنْفِقْ، وَيَكُونُ لَكَ الْمَاءُ كُلُّهُ تَسْقِي بِهِ حَتَّى يَأْتِي صَاحِبُكَ بِنِصْفِ مَا أَنْفقْتَ. فَإِذَا جَاءَ بِنِصْفِ مَا أَنْفَقْتَ أَخَذَ حِصَّتهُ مِنَ الْمَاءِ، وَإِنَّمَا أُعْطِيَ الأَوَّلُ الْمَاءَ كُلَّهُ، لأَنَّهُ أَنْفَقَ، وَلَوْ لَمْ يُدْرِكْ شَيْئًا بِعَمَلِهِ، لَمْ يَعْلَقِ الآخَرَ مِنَ النَّفَقَةِ شَيْءٌ.

قال أبو عمر: قَولُ مَالِكٍ هَذَا قَولٌ حَسَنٌ، وَحُجَّتُهُ لَهُ بِذَلِكَ.

وَقَولُ الكُوفِيِّينَ نَحوهُ إِلا أَنَّهُمْ قَالُوا: لا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا بِقَضَاءِ قاضٍ وَحُكُومَةِ حَاكِمٍ، فَإِنْ أَنْفَقَ دُونَ قَضَاءِ الحَاكِمِ رَغبةً فِي أَنْ يتميزَ لَهُ مَا يُرِيدُهُ [مِنْ عَمَلِ حَصَّتِهِ] كَانَ مُتَطَوِّعًا بِنَفَقَتِهِ، وَلا شَيْءَ لَهُ عَلى شَرِيكِهِ، وَيَأْخُذُ حِصَّتَهُ كَامِلَةً يَغْتَلُّها مَعَهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يجبرُ الشَّرِيكُ عَلى الإِنْفَاقِ، وَيُقَالُ لِشَرِيكِهِ: إِنْ شِئْتَ تَطَوَّعْ بِالإِنْفَاقِ، وَإِنْ شِئْتَ، فَدَعْ، وَقَضَاءُ القَاضِي، وَغَيرِهِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ؛ لأَنَّ لَيسَ لأَحَدٍ أَنْ يلْزِمَ غَيرَهُ دَيْنًا، لَمْ يَجِبْ عَليهِ بِغَيْرِ رِضَا مِنْهُ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: وَإِذَا كَانَتِ النَّفَقَةُ كُلُّهَا وَالْمَؤُونَةُ عَلَى رَبِّ الْحَائِطِ، وَلَم يَكُنْ عَلَى الدَّاخِلِ فِي الْمَالِ شَيْءٌ، إِلا أَنَّهُ يَعْمَلُ بِيَدِهِ، إِنَّمَا هُوَ أَجِيرٌ بِبَعْضِ الثَّمَرِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ؛ لأَنَّهُ لا يَدْرِي كَمْ إِجَارَتُهُ إِذَا لَمْ يُسَمِّ لَهُ شَيْئًا يَعْرِفُهُ، يَعْمَلُ عَلَيْهِ، لا يَدْرِي أيقلُّ ذَلِكَ أَمْ يَكْثُرَ؟.

قال أبو عمر: هَذَا قَولُ كُلِّ مَنْ يجيزُ المُسَاقَاةَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ إلا عَلى سُنَّتِها، وَأَنَّ العَمَلَ عَلى الدَّاخِلِ لا رَبِّ الحَائِطِ، وَالقَائِم كُل ما يحتاجُ إِليهِ بِالمُزَارَعَةِ عِنْدَ مَنْ يُجِيزُهَا.

قَالَ مَالِكٌ[3]: وَكُلُّ مُقَارِضٍ أَوْ مُسَاقٍ فَلا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مِنَ الْمَالِ وَلا مِنَ

---

(١) الموطأ، ص٧٠٤، ٧٠٥. (٢) الموطأ، ص٧٠٥. (٣) الموطأ، ص٧٠٥.

النَّخْلِ شَيْئًا دُونَ صَاحِبِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَصِيرُ لَهُ أَجِيرًا بِذَلِكَ يَقُولُ: أَسَاقِيكَ عَلَى أَنْ تَعْمَلَ لِي فِي كَذَا وَكَذَا نَخْلَةً، تَسْقِيهَا وتَأْبُرُهَا، وأُقَارِضُك فِي كَذَا وَكَذَا مِنَ الْمَالِ، عَلَى أَنْ تَعْمَلَ لِي بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ، لَيْسَتْ مِمَّا أُقَارِضُكَ عَلَيْهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَنْبَغِي وَلا يَصْلُحُ، وَذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

قال أبو عمر: تَشْبِيهُ مَالِكٍ صحيح؛ لأَنَّ القَولَ فِي المُسَاقَاةِ كَالمَعْنَى الوَاحِدِ، لا تَجُوزُ فِي وَاحِدٍ منْهُما الزِّيَادَةُ على الخَبَرِ الَّذِي يَقَعُ عليهِ الشَّرْطُ، وَالعَقْدُ فِيهما؛ لأَنَّهُ إِذَا كَانَ ذَلِكَ كَانَ الأَجْرُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الجُزْءُ مَجْهُولاً.

وَقَدْ أَوْضَحْنَا هَذَا المَعْنَى فِي القِرَاضِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيرًا.

قَالَ مَالِكٌ[١]: وَالسُّنَّةُ فِي الْمُسَاقَاةِ الَّتِي يَجُوزُ لِرَبِّ الْحَائِطِ أَنْ يَشْتَرِطَهَا عَلَى الْمُسَاقِي؛ شَدُّ الْحِظَارِ، وَخَمُّ الْعَيْنِ، وَسَرْوُ الشَّرَبِ، وَإِبَّارُ النَّخْلِ، وَقَطْعُ الْجَرِيدِ، وَجَذُّ الثَّمَرِ؛ هَذَا وَأَشْبَاهُهُ عَلَى أَنَّ لِلْمُسَاقِي شَطْرَ الثَّمَرِ أَو أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، أَو أَكْثَرَ إِذَا تَرَاضَيَا عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ صَاحِبَ الأَصْلِ لا يَشْتَرِطُ ابْتِدَاءَ عَمَلٍ جَدِيدٍ، يُحْدِثُهُ الْعَامِلُ فِيهَا، مِنْ بِئْرٍ يَحْتَفِرُهَا، أَو عَيْنٍ يَرْفَعُ رَأْسَهَا أَوْ غِرَاسٍ يَغْرِسُهُ فِيهَا، يَأْتِي بأصلِ ذَلِكَ مِنْ عِنْدِهِ. أَو ضَفِيرَةٍ يَبْنِيها، تَعْظُمُ فِيهَا نَفَقَتُهُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ رَبُّ الْحَائِطِ لِرَجُلٍ مِنَ النَّاسِ: ابْنِ لِي هَاهُنَا بَيْتًا، أَو احْفرْ لِي بِئْرًا أَو أَجْرِ لِي عَيْنًا، أَو اعْمَلْ لِي عَمَلاً بِنِصْفِ ثَمَرِ حَائِطِي هَذَا، قَبْلَ أَنْ يَطِيبَ ثَمَرُ الْحَائِطِ، وَيَحِلَّ بَيْعُهُ، فَهَذَا بَيْعُ الثَّمَرِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاحُهُ، وَقَدْ نَهى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُهَا.

قَالَ مَالِكٌ[٢]: فَأَمَّا إِذَا طَابَ الثَّمَرُ وَبَدَا صَلاحُهُ وَحَلَّ بَيْعُهُ، ثُمَّ قَالَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ: اعْملْ لِي بَعْضَ هَذِهِ الأَعْمَالِ، لِعَمَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ، بِنِصْفِ ثَمَرِ حَائِطِي هَذَا، فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ، إِنَّمَا اسْتَأْجَرَهُ بِشَيْءٍ مَعْرُوفٍ مَعْلُوم، قَدْ رَآهُ وَرَضِيَهُ فَأَمَّا الْمُسَاقَاةُ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْحَائِطِ ثَمَرٌ، أَو قَلَّ ثَمَرُهُ أو فَسَدَ، فَلَيْسَ لَهُ إِلا ذَلِكَ وَإِنَّ الأَجِيرَ لا يُسْتَأْجَرُ إِلا بِشَيْءٍ مُسَمى، لا تَجُوزُ الإِجَارَةُ إِلا بِذَلِكَ، وَإِنَّمَا الإِجَارَةُ بَيْعٌ مِنَ الْبُيُوعِ، إِنَّما يَشْتَرِي مِنْهُ عَمَلَهُ، وَلا يَصْلُحُ ذَلِكَ إِذَا دَخَلَهُ الْغَرَرُ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ.

قال أبو عمر: أَرادَ مَالِكٌ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ بِكَلامِهِ هَذَا بَيَانَ الفَرْقِ بَيْنَ المُسَاقَاةِ، وَالإِجَارَةِ، وَأَنَّ المُسَاقَاةَ لَيْسَتْ مِنَ الإِجَارَةِ فِي شَيْءٍ، فَإِنَّهَا أَصْلٌ فِي نَفْسِها كالقِرَاضِ، لا يُقَاسُ عِنْدَهُ عَلَيْها شَيْءٌ مِنَ الإِجَارَاتِ.

---

(١) الموطأ، ص٧٠٥، ٧٠٦.

(٢) الموطأ، ص٧٠٦.

إنَّ الإِجَارَةَ عِنْدَهُ بَيْعٌ مِنَ البُيُوعِ، لا يَجُوزُ فِيها الغَرَرُ، وَقَولُهُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ هُوَ قَولُ جُمهُورُ العُلَماءِ.

وَمِنهُم مَّنْ يَأْبَى أَنْ يَجْعَلَ الإجَارَةَ مِنْ بَابِ البُيُوعِ.

وَهُوَ قَوْلُ أَهْلِ الظَّاهِرِ؛ لأَنَّها مَنَافعُ لَمْ تُخْلَقْ.

وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُخْلَقْ، لأنَّها لَيسَتْ عَيْنًا وَلَيْسَتِ البُيُوعُ إلا فِي الأَعيان، وَقَالُوا: الإجَارَةُ بَابٌ مُنفَرِدٌ بِسُنَّتِهِ كَالمُسَاقَاة، وكَالقِرَاضِ.

وَأَمَّا قَولُهُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ «شَدُّ الحِظَارِ»، فَرُوِيَ بَالشِّينِ المَنقُوطَةِ، وَهُوَ الأَكْثَرُ عَنْ مَالِكٍ فِي الرِّوَايَةِ، وَيُرْوى عَنْهُ بالسِّينِ عَلى مَعْنى: سَدُّ الثُلْمَةِ، وَأَمَّا بالشِّينُ مَعْنَاهُ تحصين الزّروبِ الَّتِي حَولَ النَّخلِ، وَالشَّجرِ، وَكُلُّ ذَلِكَ مُتَقَارِبُ المَعْنى.

وَأَمَّا «خَمُّ العَيْنِ»، فَتَنْقِيتُهَا والمخمومُ: النقي، ومنه يقال: رجلٌ مَخْمُومُ القَلْبِ إِذَا كَانَ نَقِيَّ القَلْبِ مِنَ الغِلِّ وَالحَسَدِ.

وَأَمَّا «سَرْوُ الشَّرَبِ» فَالسَّرْوُ: الكَنْسُ للحَوْضِ، وَللشَّرَبِ: جَمْعُ شَرْبَةٍ، وَهِيَ الحَياضُ الَّتِي حَوْلَ النَّخْلِ، والشَّجرِ وَجَمْعُها شُرُبٌ، وَهِيَ حِيَاضٌ يُسْتَنْقعُ فِيها المَاءُ حَولَ الشَّجَر، وَيُقَالُ فِي القَلِيلِ مِنها شربَاتٌ، كَمَا قَالَ زُهير:

«يَخْرُجْنَ مِنْ شَرَبَاتٍ مَاؤُها طَحِلٌ»[(١)]

وإِبارُ النَّخْلِ تذكِيرُهَا بطَلْعِ الفَحْلِ.

وَ «قَطْعُ الجريد»: قَطْعُ جَرَائِدِ النَّخلِ إِذَا كُسِرَتْ، وَقَدَ يُصْنَعُ مِثْلُ ذَلِكَ بَالشَّجَرِ، وَهُوَ ضربٌ مِنْ قَطْعِ قضْبانِ الكَرْمِ.

و «جَذُّ التَّمرِ»: جمعه وَهُوَ مِثْلُ حَصَادِ الزَّرْعِ، وقَطْعِ العِنَبِ.

وَاخْتَلَفَ الفُقَهَاءُ فِي الَّذِي عَلَيه جذَاذُ التَّمرِ مِنهُمَا فَقَالَ مَالِكٌ: مَا وَصَفْنَا عَلَيْهِ جَمَاعَةُ أَصْحَابِهِ إِلا أَنَّهُمْ قَالُوا: إِنِ اشْتَرَطَ المُسَاقِي عَلى رَبِّ المَالِ جِذَاذَ التَّمرِ، وَعَصْرَ الزَّيتُونَ جَازَ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ، فَهُوَ عَلى العَامِلِ، وَمَنِ اشْتَرَطَ عَلَيهِ مِنهما جَازَ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ الشَّيْبَاني: والتَّلْقيحُ، والخَبطُ حَتَّى يَصيرَ تَمرًا عَلى

---

(١) عجزه:

على الجذوع يخفن الغم والغرقا

والبيت من البسيط، وهو لزهير بن أبي سلمى في ديوانه ص٤٠، ولسان العرب (شرب)، (طحل)، وتهذيب اللغة ٤/ ٣٨٦، وجمهرة اللغة ص١٣٢٩، وديوان الأدب ١/ ٢٣٤، وأساس البلاغة (طحل)، وتاج العروس (شرب)، (طحل).

العَامِلِ، فَإِذَا بَلَغَ الجَذَاذَ كَانَ عَلَيْهِما بِنِصْفَيْنِ إِنْ كَانَ الشَّرْطُ نِصْفَيْنِ.

قَالَ: وَلَو أَنَّ صَاحِبَ النَّخْلِ اشْتَرَطَ فِي أَصْلِ الْمُسَاقَاةِ الجذَاذَ والخبطَ حَتَّى يَصيرَ ثمرًا عَلى العَامِلِ، فَإِذَا بَلَغَ الجِذَاذَ، والخبطَ بَعْدَ مَا بَلَغَ عَلى العَامِلِ كَانَتِ المُسَاقَاةُ فَاسِدَةً.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنِ اشْتَرَطَ المُساقي عَلى رَبِّ المَالِ جذَاذَ الثَّمرِ، أَو قطف العِنَبِ لَمْ يَجزْ، فَكَانَتِ المُسَاقَاةُ فَاسِدَةً، وَإِنَّما «شَدُّ الحظارِ» عِنْدَ مَالِكٍ عَلى العَامِلِ كَمَا عَليهِ، كَمَا وَصَفْنَا مِنْ إِبَّارِ النَّخْلِ، وَقَطْعِ الجريدةِ ونوى النطيحِ، والخَبط حَتَّى يَصيرَ تَمرًا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: كُلُّ مَا كَانَ دَاعِيَتُهُ إِلى الاسْتِزَادَةِ فِي العدَّةِ مِن إِصْلاحِ الماءِ بطريقه، وقَطع الحشيش المُضِرِّ بالنخل، ونَحوه فَشَرْطُهُ عَلى العَامِلِ، وَأَمَّا «شَدّ الحِظَارِ» فَلَيْسَ عَنْهُ مُشترى فِي الثَّمَنِ، وَلا صَلاحَ لَها، وَلا يَجُوزُ اشْتِرَاطُهُ عَلى العَامِلِ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ: لا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ تنقية المِسْقَاةِ، وَالأَنهار عَلى العَامِلِ، وَإِنِ اشْتَرَطَ ذَلِكَ عَلَيهِ كَانَتْ المُعَامَلَةُ فَاسِدَةً.

قال أبو عمر: قَولُ مَالِكٍ فِي هَذَا البَابِ أَوْلَى بِالصَّوابِ؛ لأَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ عَمَلٌ فِي الحَائِطِ يصلحُهُ، وينعقدُ، وَعَلى ذَلِكَ يستحقُّ المُسَاقِي نَصِيبَهُ مِنْ عَدَمِهِ، فَأَمَّا الَّذِي لا يَجُوزُ اشْتِرَاطُهُ عَلى العَامِلِ، مِمَّا لا يَعُودُ مِنْهُ فَائِدَةٌ عَلى العَامِلِ فِي حِصَّتِهِ مَا يَنْفَرِدُ بِهِ رَبُّ الحَائِطِ دُونَهُ؛ لأَنَّه حينئذٍ ـ يَصيرُ زِيَادَةً اسْتَأْجَرَهُ عَلَيها المجْهُول مِنَ الثَّمَنِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: السُّنَّةُ فِي الْمُسَاقَاةِ عِنْدَنَا، أَنَّها تَكُونُ فِي أَصْلِ كُلِّ نَخْلٍ أَوْ كَرْم أَوْ زَيْتُونٍ، أَوْ رُمَّانٍ، أَوْ فِرْسِكٍ[2]. أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الأُصُولِ جَائِزٌ لا بَأْسَ بِهِ، عَلَى أَنَّ لِرَبِّ الْمالِ نِصْفَ التَّمرِ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ ثُلُثَهُ أَوْ رُبُعَهُ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَقَلَّ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالمُسَاقَاةُ أَيضًا تَجُوزُ فِي الزَّرْعِ إِذَا خَرَجَ وَاسْتَقَلَّ، فَعَجَزَ صَاحِبُهُ عَنْ سَقْيِهِ وَعَمَلِهِ وَعِلَاجِهِ، فَالْمُسَاقَاةُ فِي ذَلِكَ أَيضًا جَائِزَةٌ.

قال أبو عمر: قَدْ مَضَى القَولُ فِيمَا تَجُوزُ فيه المُسَاقَاةُ مِنَ الشَّجرِ المُثْمِرِ كُلِّهِ عَلى اخْتِلافِ أَنْواعِهِ، ومَا فِي ذَلِكَ بَيْنَ العُلَمَاءِ مِنَ المَذَاهِبِ.

وَقَولُ أَبِي يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٍ فِي ذَلِكَ نَحو قَولِ مَالِكٍ.

---

(١) الموطأ، ص٧٠٦.

(٢) الفرسك: الخوخ، أو ضرب منه أحمر أجرد، أو ما ينفلق عن نواة.

وَأَمَّا الْمُسَاقَاةُ فِي الزَّرْعِ، فَتَجوزُ عِنْدَ مَالِكٍ عَلى مَا شَرطَ، وَذَكر فِي «مُوَطَّئِهِ» ولا تَجوزُ عِنْدَهُ إِذَا لَمْ يَعْجَزْ صَاحِبُهُ عَنْ سَقْيِهِ.

وَقَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ: لا يُسَاقي الزَّرْعُ بَعْدَ أَنْ يستقلّ قالَ: فَأَمَّا القصبُ، فَيَجوزُ فِيهِ المُسَاقَاةُ، فَإِنَّ القَصَبَ أَصْلٌ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ: جَائِزٌ أَنْ يُسَاقِي الزَّرْعَ قَبْلَ أَنْ يستحقُه.

وَلا تَجُوزُ المُسَاقَاةُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فِي غَيرِ النَّخْلِ، وَالعِنَبِ.

وَلا يَجُوزُ عِنْدَ دَاوُدَ إِلا فِي النَّخْلِ خَاصَّةً، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ.

وَاخْتَلَفَ أَصْحابُنَا فِي اسْتِثْنَاءِ العَامِلِ زَرْعًا يَكُونُ بَيْنَ النَّخْلِ.

فَرَوى ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ البَيَاضِ، يَشْتَرِطُهُ العَامِلُ لِنَفْسِهِ.

ذَكَرَهُ ابْنُ عَبدوسَ، قَالَ: وَأَنْكَرَ ذَلِكَ عَليهِ سَحْنُونُ، إِلا هَاءَ، وَلا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَثْنِي البذر فَكَيْفَ يَسْتَثْنِي الزَّرْعَ؟.

وَاخْتَلَفُوا أَيضًا فِي مُسَاقَاةِ الموزِ.

وَقَدْ ذَكَرَ ابْنُ المواز، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ، وَأَشْهب أَنَّهما قَالا: يَجُوزُ فِيهِ المُسَاقَاةُ.

قَالَ: وَقَدْ كَانَ ابْنُ القَاسِمِ أَجَازَهُ فِي مَجْلِسِ أَبِي زَيْدٍ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لا تَجوزُ المُسَاقَاةُ فِي القَصَبِ، وَهُوَ تَحْصِيلُ مَذْهَبِهِ عِنْدَ أَصْحَابِهِ، إِلا مَا يَجُوزُ فِي الزَّرْعِ، وَالمقثاتِ، وَنَحْوِها.

وَاخْتَلَفَ الفُقَهَاءُ فِي مُسَاقَاةِ البَصَلِ، فَأَجَازَها مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ وَأَصْحَابُهما، وَمُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ، والحَسَنُ بْنُ حَيّ.

وذلك عندهم على التلقيح والزبر والحضر والحفظ وما يحتاج إليه من العمل.

وَقَالَ اللَّيْثُ: لا تَجُوزُ المُسَاقَاةُ فِي البَصَلِ، وَلا يَجازُ إِلا فِيمَا يُسْقَى.

قَالَ مَالِكٌ[1]: لا تَصْلُحُ الْمُسَاقَاةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الأُصُولِ مِمَّا تَحِلُّ فِيهِ الْمُسَاقَاةُ، إِذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ قَدْ طَابَ وَبَدَا صَلاحُهُ وَحَلَّ بَيْعُهُ، وَإِنَّمَا يَنْبَغِي أَنْ يُسَاقِي مِنَ الْعَامِ الْمُقْبِلِ، وَإِنَّمَا مُسَاقَاةُ مَا حَلَّ بَيْعُهُ مِنَ الثِّمَار إِجَارَةٌ، لأَنَّهُ إِنَّمَا سَاقَى صَاحِبَ الأَصْلِ ثَمَرًا قَدْ بَدَا صَلاحُهُ، عَلَى أَنْ يَكْفِيَهُ إِيَّاهُ وَيَجُذَّهُ لَهُ بِمَنْزِلَ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ يُعْطِيهِ

(١) الموطأ، ص٧٠٧.

إِيَّاهَا، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِالمُسَاقَاةِ، إِنَّمَا الْمُسَاقَاةُ مَا بَيْنَ أَنْ يَجُذَّ النَّخْلَ إِلى أَنْ يَطِيبَ الثَّمَرُ وَيَحِلَّ بَيْعُهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ سَاقَى ثَمَرًا فِي أَصْلٍ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاحُهُ وَيَحِلَّ بَيْعُهُ فَتِلْكَ الْمُسَاقَاةُ بِعَيْنِهَا جَائِزَةٌ.

قال أبو عمر: قَدْ كَرَّرَ هَذَا المَعْنَى، وَهُوَ مَفْهُومٌ جِدّاً، وَكُلُّ مَنْ أَجَازَ المُسَاقَاةَ لَمْ يُجْزِها إِلا فِيمَا لَمْ يُخْلَقْ، وَفِيمَا لَمْ يَبْدُ صَلاحُهُ مِنَ الثِّمَارِ، ويَعملُ العَامِلُ فِي الشَّجَرِ مِنَ الحَفْرِ، والزَّبْرِ، وَسَائِرِ العَمَلِ مَا يحتاجُ إِليهِ، وَتَصْلُحُ ثَمرتُها بِهِ عَلى حَدِّ مَا يخرجُهُ اللَّهُ فِيها مِنَ الثَّمَرِ كَالقِراضِ، يَعْمَلُ العَامِلُ فِي المَالِ حَدَّ مَا يرزقُهُ اللَّهُ فِيهِ مِنَ الرِّبْحِ، وهَذَانِ أَصْلانِ مُخالِفَانِ للبيُوعِ، وَللإِجَارَاتِ، وَكُلٌّ عِنْدَنا أَصْلٌ فِي نَفْسِهِ، يَجِبُ التَّسْلِيمُ لَهُ، وَالعَمَلُ بِهِ.

وَذَكَر ابْنُ عَبدوس أيضًا عَنْ سَحْنُونَ، أَنَّهُ قَالَ: لا بَأْسَ بِمُسَاقَاةِ الَّتِي يُعلمُ أَنْ يَبْدُوَ صَلاحُها؛ لأَنَّها إِجَارةُ شَيْءٍ مَعْلُومٍ، وَالعَامِلُ فِي ذَلِكَ أَجِيرٌ بأجرة مَعْلُومَةٍ.

قال أبو عمر: إِذَا كَانَ هَذَا، فَلَيْسَتْ مُسَاقَاةً، وَإِنَّمَا الَّذِي يُعْطِيهِ فِي عَمَلِهِ مِنَ الثَّمَرِ الَّذِي حَلَّ بَيْعُهُ بِمَنْزِلَةِ الدَّنَانِيرِ، والدَّراهِمِ، كَمَا قَالَ مَالِكٌ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ: فَمَرَّةً قَالَ [مِثْلَ] مَالِكٍ: تَجُوزُ المُسَاقَاةُ فِي الحَائِطِ، وَإِنْ بَدَا صَلاحُهُ وَمَرَّةً قَالَ: لا تَجُوزُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: وَلا يَنْبَغِي أَنْ تُسَاقَى الأَرْضُ الْبَيْضَاءُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَحِلُّ لِصَاحِبِهَا كِرَاؤُهَا بِالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الأَثْمَانِ الْمَعْلُومَةِ.

قال أبو عمر: ظَاهِرُ هَذَا الكَلام يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ يُخَيِّرُ أَنْ [تُكْرَى] الأَرْضُ بِكُلِّ ثَمَنٍ مَعْلُومٍ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَذْهَبِ مَالِكٍ، وَإِنَّمَا هُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، جَائِزٌ عِنْدَهُ أَنْ تُكْرى الأَرْضُ بِكُلِّ مَا تُكْرَى بِهِ الدور، والحَوانِيتُ مِنَ العَينِ المعلُومِ وَزْنُها، والعُرُوضُ كُلُّها الجَائِزُ بَيْعُها فِي مِلْكِها عَلى سُنَّتِها طَعَامًا كَانَتْ أَو غيرَ طَعَام أَنْ تَكُونَ بِجُزْءٍ مَا تخرجُهُ، يَقِلُّ مَرَّةً، ويَكْثُرُ أُخْرَى، ورُبَّمَا لَمْ يخرجْ شَيْئًا، فَلا، هَذَا عِنْدَهُ المُزَارَعَةُ الَّتِي نَهى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْها.

وَقَالَ ابْنُ نَافع: جَائِزٌ كِرَاءُ الأَرْضِ بِشَيءٍ مِنَ الطَّعَامِ، والآدَامِ، وغَيرِ ذَلِكَ مَا عَدَا الحِنْطَةَ، وَأَخَوَاتِها يَعْنِي البُرَّ، والشَّعِيرَ، والسُّلْتَ، فَإِنَّها مُحَاقَلَةٌ.

---

(١) الموطأ، ص٧٠٧.

وَقَالَ ابْنُ كنانةَ: لا تُكرى الأَرْضُ بِشَيءٍ إِذَا أُعِيدَ فِيها نبتٌ، وَلا بَأْسَ أَنْ تُكرى بِما سوى ذَلِكَ مِنَ الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ مِنْ جَميعِ الأَشْيَاءِ كُلِّها مَا يُؤكَلُ، وَمَا لا يُؤكَلُ.

ذَكَرَ ذَلِكَ عَنْهُ ابْنُ حبيبٍ، وَقَالَ: وَأَمَّا مَالِكٌ، وَأَصْحَابُهُ؛ ابْنُ القَاسِمِ، وَأَشْهَبُ، وَابْنُ حبيبٍ، ومُطرفٌ، وَعَبْدُ اللَّهِ، وَابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ، وَأَصبغُ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا: لا تُكرى الأَرْضُ بِشَيءٍ يخرجُ مِنْهَا أَكلاً وَلَمْ يُؤكَلْ. فَلا شَيْءَ مَا يُؤكَلُ، أَو يشربُ خَرجَ مِنْها، أَو لَمْ يَخْرُجْ منْها.

وَفِي «المُدَوَّنَةِ» لابْنِ القَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ مِثْلُ ذَلِكَ أَنَّ الأَرْضَ لا تُكْرى بِشَيْءٍ مِنَ الطَّعَامِ، كَانَ مَا يخرجُ مِنها أَوْ لَمْ يَخْرُجْ مِنْها كَانَ مَا تزْرُع فِيهَا، أَو لا تزرعُ، وَلا مِنَ الآدَامِ كِلِّهِ، قَالَ: العَسَلُ، وَالسّمنُ، واللَّبَنُ، وسَائِرُ الآدَامِ، والطَّعَام كُلِّهِ.

وَذَكَرَ ابْنُ سَحنونَ، عَنِ المُغِيرَةِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لا بُدَّ مِنْ أَنْ تُكْرى الأَرْضُ بِطَعَامٍ، لا يخرجُ مِنهَا.

وَذَكَرَ يَحْيَى بْنُ عُمَرَ، عَنِ المُغِيرَةِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ ذَلِكَ.

قَالَ: فَأَمَّا الرَّجُلُ الَّذِي يُعْطِي أَرْضَهُ الْبَيْضَاءَ، بَالثُّلُثِ أَو الرُّبُعِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا. فَذَلِكَ مِمَّا يَدْخُلُهُ الغَرَرُ؛ لأَنَّ الزَّرْعَ يَقِلُّ مَرَّةً ويكثر مرةً، وَرُبَّمَا هَلَكَ رَأْسًا، فَيَكُونُ صَاحِبُ الأَرْضِ قَدْ تَرَكَ كِرَاءً مَعْلُومًا يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يُكْرِي أَرْضَهُ بِهِ، وَأَخَذَ أَمْرًا غَرَرًا، لا يَدْرِي أَيَتِمُّ أَمْ لا؟ فَهَذَا مَكْرُوهٌ، وإِنَّمَا ذَلِكَ مَثَلُ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِسَفَرٍ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ، ثُمَّ قَال الَّذِي اسْتَأْجَرَ الأَجِيرَ: هَلْ لَكَ أَنْ أُعْطِيكَ عُشْرَ مَا أَرْبَحُ فِي سَفَرِي هَذَا إِجَارَةً لَكَ؟ فَهَذَا لا يَحِلُّ وَلا يَنْبَغِي[1].

قَالَ مَالِكٌ: وَلا يَنْبَغِي لِرَجُلٍ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ وَلا أَرْضَهُ وَلا سَفِينَتَهُ إِلا بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ لا يَزُولُ إِلى غَيْرِهِ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: وَإِنَّمَا فَرَّقَ بَيْنَ الْمُسَاقَاةِ فِي النَّخْلِ وَالأَرْضِ الْبَيْضَاء، أَنَّ صَاحِبَ النَّخْلِ لا يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَهَا حَتَّى يَبْدُو صَلاحُهُ، وَصَاحِبُ الأَرْضِ يُكْرِيهَا وَهِيَ أَرْضٌ بَيْضَاءُ لا شَيْءَ فِيهَا.

قال أبو عمر: الفَرْقُ بَينَ المُسَاقَاةِ، وَكِرَاءِ الأَرْضِ البَيْضَاءِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهى عَنِ المُزَارَعَةِ، وَهِيَ إِعْطَاءُ الأَرْضِ بَالثُّلُثِ، وَالربُعِ، وَسَاقَى أَهْلَ خَيْبَرَ عَلى نِصْفِ مَا تخرجُ الثَّمرةُ.

---

(١) الموطأ، ص٧٠٧.

(٢) الموطأ، ص٧٠٨.

فَرَوَى ثَابِتُ بْنُ الضَّحاكِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهى عَنِ المُزَارَعَة(١).

وَرَوى يَعْلَى بْنُ حَكيم، عَنْ سُلَيمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ رَافِعِ بْنِ خديجٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ، فَلْيَزْرَعْها، أَو لِيزرعها أَخَاهُ وَلا يُكْرِيها بِثلثٍ، وَلا بِرُبعٍ»(٢).

وروى عطاءٌ عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: خَطَبَنا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ، فَلْيَزْرَعْها، أَو لِيزرعها ولا يُؤَاجِرْهَا»(٣).

وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَسَانِيدَ فِي «التَّمْهِيد».

وَفِي حَدِيثِ جَابِرٍ، ورَافع مَا يَدُلُّ عَلى أَنَّ النَّهْي عَنْ ذَلِكَ كَانَ بَعْدَ خَيْبَرَ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَاقَاهُم عَلى نِصْفِ مَا تخرجُ الأَرْضُ، وَالثَّمرةُ عَلى حَسَبِ مَا كَانُوا عَلَيهِ قَبْلَ أَنْ يَنْهَى، ثُمَّ نَهى عَنْ ذَلِكَ وَنَهى عَنِ المُخابَرَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّمَا فَعَلَهُ بِخَيبَرَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ قِيلَ غَيْرُ ذَلِكَ عَلى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَمَا ذَهَبَ إِليهِ مَالِكٌ فِي كَرَاهِيَةِ كِرَاءِ الأَرْضِ بِجُزءٍ مِمَّا تَخرجُهُ هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ، وَلَكِنَّا كَرَّرْنَاهُ كَمَا كَرَّرَهُ مَالِكٌ.

وَاخْتُلِفَ عَنِ اللَّيْثِيِّ فِي المُزَارَعَةِ بالثُّلثِ، والرُّبعِ، وَنَحوِ ذَلِكَ: فَرُوِيَ عَنْهُ كَرَاهَتُها. وَرَوى عَنْهُ إِجَازَتُها.

وَرُوِيَ عَنْ يَحْيَى، عَنِ اللَيْثِ بْنِ سَعْدٍ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّما تُكْرى الأَرْضُ بِشَيْءٍ مِمَّا يَخرجُ مِنْها إِذَا كَانَ ذَلِكَ ضَامِنًا عَلى المُشْتري دَفَعَ أَوْ لَمْ يَدْفَعْ، فَأَمَّا أَنْ يلزمها بِبَعْضِ مَا يخرجُ مِنْها، ويَزرعُ فِيها نِصْفًا، أَو ثُلثًا، أَو رُبعًا، فَذَلِكَ حَلالٌ.

قال أبو عمر: يَقُولُ اللَّيْثُ: هَذا فِي إِجَازَتِهِ المُزَارَعَةَ بِجُزْءِ مَا تخرجُ الأَرْضُ مَا يَزْرعُ فِيها.

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع حديث ١١٨، ١١٩، وأحمد في المسند ٤/ ٣٣.

(٢) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في الحرث باب ١٨، والهبة باب ٣٥، ومسلم في البيوع حديث ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩١، ٩٢، ٩٤، ٩٥، ١٠٠، ١١٣، وأبو داود في البيوع باب ٣١، والترمذي في الأحكام باب ٤٢، والنسائي في الأيمان باب ٤٥، وابن ماجه في الرهون باب ٧، ٨، وأحمد في المسند ١/ ٢٨٦، ٣/ ٣٠٢، ٣٠٤، ٣١٢، ٣٥٤، ٣٦٣، ٣٦٩، ٣٧٣، ٣٩٢، ٣٩٩، ٤٦٣، ٤٦٥، ٤/ ١٤١، ١٤٣، ١٦٩، ٣٤١.

(٣) أخرجه البخاري في الهبة باب ٣٥، والحرث باب ١٨، ومسلم في البيوع حديث ٨٩، ٩١، وابن ماجه في الرهون باب ٨.

قَالَ ابْنُ أَبِي لَيلى، وَالحَسَنُ بْنُ حَيّ، والثَّورِيُّ، وَالأَوْزَاعِيُّ، وَأَبُو يُونُسَ، وَمُحَمَّدٌ، وَأَحْمَدُ بْنُ حَنبلٍ.

وَحُجَّتُهم فِي ذَلِكَ حَدِيثُ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَاقَى أَهْلَ خَيْبَرَ عَلى نِصْفِ مَا تخرجُ الأَرْضُ وَالثَّمرةُ[1].

قَالَ أَحْمَدُ: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ، وَأَحَادِيثُ رَافع مُضْطَرِبَةُ الأَلْفَاظِ.

وَاحْتَجَّ غَيرُهُ عَلى مَالِكٍ فِي إجَازَتِهِ المُزَارَعَةَ فِي الأَرْضِ بَيْنَ الشجرِ إِذَا كَانَتِ الثُّلثَ فَأَقَلَّ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَو لَمْ يَجُزْ مُنفَرِدًا مَا جَازَ بَيْنَ النَّخْلِ، وَإِذْ لَم يَجُزْ مُنفَرِدًا لَمْ يَجُزْ بَيْنَ النَّخْلِ.

قَالُوا: وَتَوْقِيتُ الثُّلثِ، فَما دُونَهُ حُكمٌ بِغَيرِ حُجَّةٍ؛ لأَنَّ التَّوْقِيتَ يَحْتَاجُ إِلى تَوْقِيتٍ.

قَالُوا: وَلَيْسَ فِي أُصُولِ الشَّرِيعَةِ مَا يُبِيحُ العَقْدَ الفَاسِدَ للضَّرُورَةِ لِمَنِ ادَّعَى فِي ذَلِكَ ضَرُورَةً.

فَأَمَّا قَولُ مَالِكٍ: لا يَنْبَغِي لأَحَدٍ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ، ولا أَرْضَهُ، وَلا سَفِينَتَهُ إلا بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ.

فَهذَا قَولُ الشَّافِعِيِّ والكُوفِيِّ.

وَقَدْ أَجَازَتْ طَائِفَةٌ مِنَ التَّابِعِينَ وَمَنْ بَعْدَهُم أَنْ يُعْطِيَ الرَّجُلُ سفينتَهُ، وَدَابَّتَهُ كَمَا يُعْطِي أَرْضَهُ بِجُزْءٍ مِمَّا يرزقُه اللَّهُ تَعالى فِي الصَّلاحِ بِها، وَجَعَلوا أَصْلَهُم فِي ذَلِكَ بِالقِرَاضِ المُجْتَمَعِ عَلَيهِ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: وَالأَمْرُ عِنْدَنَا فِي النَّخْلِ أَيْضًا إِنَّهَا تُسَاقِي السِّنِينَ الثَّلاثَ، وَالأَرْبَعَ وَأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ وَأَكْثَرَ.

قَالَ: وَذَلِكَ الَّذِي سَمِعتُ. وَكُلُّ شَيْءٍ مِثْلُ ذَلِكَ مِنَ الأُصُولِ بِمَنْزِلَةِ النَّخْلِ، يَجُوزُ فِيهِ لِمَنْ سَاقَى مِنَ السِّنِينَ مِثْلُ مَا يَجُوزُ فِي النَّخْلِ.

قال أبو عمر: قَدِ اخْتُلِفَ فِي أَجَلِ المُسَاقَاةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ عِنْدَ قَولِ النَّبِيِّ ﷺ لِيَهُودِ خَيْبَرَ: «أُقِرُّكُم مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ».

---

(١) أخرجه البخاري في الحرث باب ٩، بلفظ: عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: عامل النبي ﷺ خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع.
وأخرجه مسلم في المساقاة حديث ١.

(٢) الموطأ، ص٧٠٨.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ ﷺ أَنَّهُ قَالَ لَهُمْ: «أُقِرُّكُم مَا شِئْنَا».

وَالمَعْنى وَاحِدٌ، وَنُعِيدُ هُنا مِنْها ذِكْراً، كَمَا أَعَادَهُ مَالِكٌ ـ رحمهُ اللَّهُ، فَنَقُولُ: إنَّ مَالِكاً، وَالشَّافِعِيَّ، وَمُحمَّدَ بْنَ الحَسَنِ مُتَّفِقُونَ عَلى إِجَازَةِ المُسَاقَاةِ سِنِيناً مَعْلُومَةً، وَالمُسَاقَاةُ إِنَّما هِيَ عِنْدَهُم إِلى الجذَاذِ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا اخْتِلافَهُم عَنِ العُلَماءِ، وربّ الأَصْلِ فِيمَا مَضى مِنْ هَذَا البَابِ.

وَإِذَا كَانَ الأَصْلُ فِي المُسَاقَاةِ إِلى الجذَاذِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُو فِي الشَّجَرِ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَرِ، فَحُكْمُ السِّنِين المَعْلُومَاتِ فِي ذَلِكَ حُكْمُ السَّنَةِ الوَاحِدَةِ؛ لأَنَّهُ كُلَّهُ شَيْءٌ لَمْ يُخْلَقْ، أو لَمْ يَظْهَرْ.

وَقَدْ أَجَازَتْ طَائِفَةٌ المُسَاقَاةَ إِلى غَيرِ تَوْقِيتٍ مِنَ السِّنِينِ مِنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ.

وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَلَ اليَهُودَ عَلى شَطْرِ النَّخْلِ، والزَّرْعِ مَا بَدَا لِرَسُولِ اللَّهُ ﷺ مِنْ غَيْرِ تَوْقِيتٍ.

وَقَدْ مَضى القَولُ عَلَيْهِم فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ هَذَا البَابِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ.

فَإِنْ دَفَعَ رَجُلٌ إِلى رَجُلٍ نَخْلاً أو شَجَراً مُعَامَلَةً عَلى جُزْءٍ مَعْلُومٍ، وَلَمْ يَذْكُرُوا وَقْتاً مَعْلُوماً:

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْهُم: أَبُو ثَورٍ: ذَلِكَ سَنَةٌ وَاحِدَةٌ.

وَهُوَ يُشْبِهُ مَذْهَبَ ابْنِ المَاجِشُونِ.

فَمَنِ اكْتَرى دَاراً مُشاهرةً أَنَّهُ يَلْزَمُهُ شَهْرٌ وَاحِدٌ.

وَقَولُ أَبِي ثَورٍ فِيمَنْ سَاقى حَائِطاً، وَلَمْ يُذْكَرْ فِي وَقْتِ المُسَاقَاة مرَّةً مَعْلُومَةً قَولٌ حَسنٌ.

قَالَ مَالِكٌ[1]، فِي الْمُسَاقي: إِنَّهُ لا يَأْخُذُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي سَاقَاهُ شَيْئاً مِنْ ذَهَبٍ وَلا وَرِق يَزْدَادُهُ وَلا طَعَام وَلا شَيْئاً مِنَ الأَشْيَاءِ، لا يَصْلُحُ ذَلِكَ، وَلا يَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَ الْمُسَاقِي مِنْ رَبِّ الْحَائِطِ شَيْئاً يَزِيدَهُ إِياهُ، مِنْ ذَهَبٍ وَلا وَرِقٍ وَلا طَعَامٍ وَلا شَيْءٍ مِنَ الأَشْياءِ، وَالزِّيَادَةُ فِيمَا بَيْنَهُمَا لا تَصْلُحُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالمُقَارِضُ أَيضاً بِهذِهِ المَنزلَةِ لا يَصْلُحُ، إِذَا دَخَلَتِ الزِّيَادَةُ فِي الْمُسَاقَاةِ أو الْمُقَارَضَةِ صَارَتْ إِجَارَةً، وَمَا دَخَلَتْهُ الإِجَارَةُ فَإِنَّهُ لا يَصْلُحُ، وَلا يَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ الإِجَارَةُ بِأَمْرِ غَرَرٍ، لا يَدْرِي أَيَكُونُ أَمْ لا يَكُونُ، أَوْ يَقِلُّ أَوْ يَكْثُرُ.

---

(١) الموطأ، ص٧٠٨.

قال أبو عمر: لا خِلافَ بَيْنَ مُجيزِي المُسَاقَاةِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُما زِيَادَةٌ يَزْدَادُها عَلى جُزْئِهِ المَعْلُوم؛ لأَنَّهُ ـ حينَئِذٍ ـ يَعُودُ الجُزْءُ مَجْهُولاً، وَلا يَجوزُ أَنْ تكُونَ المُعَامَلةُ على جُزْءٍ مَجْهُولٍ، وَإِنَّما تَجُوزُ عَلى جُزْءٍ مَعْلُومٍ؛ ثُلثٍ، أو نِصْفٍ، أو رُبعٍ، أو نَحوِ ذَلِكَ مِنَ الأَجْزَاءِ المَعْلُوماتِ فِيمَا يخرجُهُ إِلَيهِ فِي الثَّمرَةِ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا فِي هَذَا المَعْنى فِي القِرَاضِ أيضاً.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي الرَّجُلِ يُسَاقِي الرَّجُلَ الأَرْضَ فِيهَا النَّخْلُ وَالْكَرْمِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الأُصُولِ يَكُونُ فِيهَا الأَرْضُ الْبَيْضَاءُ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: إِذَا كَانَ الْبَيَاضُ تَبَعاً للأَصْلِ، وَكَانَ الأَصْلُ أَعْظَمَ ذَلِكَ، أو أَكْثَرَهُ، فَلَا بَأْسَ بِمُسَاقَاتِهِ، وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ النَّخلُ الثُّلُثَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، وَيَكُونَ الْبَيَاضُ الثُّلُثَ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ وَذلِكَ أَنَّ الْبَيَاضَ حِينئَذٍ تَبَعٌ للأَصْلِ.

ثُمَّ ذَكَرَ إلى آخرِ البَابِ هَذَا المَعَنى مُكَرَّراً، وَشَبَّهَهُ بِالسَّيفِ وَالمُصْحَفِ يَكُونُ فِي أَحَدِهِما الحلْيَةُ مِنَ الوَرقِ، فَيُبَاعُ بِالوَرِقِ إِذَا كَانَ الوَرِقُ بَيْعاً لِلنَّصلِ، وَالمُصْحَفِ، وَكَذَلِكَ القلادَةُ، وَالخَاتمُ، وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الثُّلثُ، فَأَدْنى عَلى مَا ذَكَرَ فِي الأَرْضِ البَيْضاءِ مَعَ الأُصُولِ.

وَقَدْ مَضى القَولُ فِي ذَلِكَ فِي البُيُوعِ، وَذَكَرْنَا هُنَالِكَ اخْتِلافَ العُلَمَاءِ فِي ذَلِكَ المَعْنى بَيْنَ السَّلَفِ، وَمَا جَرى مَجْرَاهُ.

فَأَمَّا مساقاة الأَرض البيضاءِ فقد ذكرْنا في هذا الباب أصول أقوال العُلماءِ: مَنْ أجازَ المزارعةَ جُمْلةً، ومن أجازها في النَّخْلِ والشَّجَرِ؛ لأَنَّهُ يجيزُ المساقاةَ، ما أغْنى عن إِعادَتِهِ، وقد ذكرنا الأقاويل بذلكَ.

وَمَنْ لا يُجيزُ المُزَارَعَةَ: مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، قَدِ اخْتلَفَا عَلى مَا ذَكَرْناه عَنْهُما فِيمَا تَقَدَّمَ فِي هَذَا البَابِ بِقَولِ مَالِكٍ مَا قَدْ أوضَحَهُ فِي «مُوَطَّئِه».

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَقَدْ أَبْطَلَ المُزَارَعَةَ فِي قَليل [الأَرضِ] البَيْضَاءِ؛ لِنَهْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنِ المُخَابَرَةِ إلا أَنَّهُ قَالَ: وإِذَا سَاقَاهُ عَلى نَخلٍ، فَكَانَ فِيهِ بَيَاضٌ لا يُوصَلُ إِلى عَمَلِهِ إلا بِالدُّخُولِ عَلى النَّخْلِ، وَكَانَ لا يُوصَلُ إِلى سَقْيِهِ إلا بِتَرْكِ النَّخلِ فِي المَاءِ، وَكَانَ غَيْرَ مُتميزٍ جَازَ أَنْ يُسَاقِي عَليهِ مِنَ النَّخلِ إلا مُنْفَرِداً وَحْدَهُ.

وَلَولا الخَبَرُ فِيهِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ دَفَعَ إلى [أَهْلِ] خَيْبَرَ النَّخْلَ عَلى أَنَّ لَهُم

---

(١) انظر الحاشية السابقة. (٢) الموطأ، ص٧٠٨

النِّصْفَ مِنَ النَّخْلِ وَالزَّرْعِ، وَلَهُ النِّصْفُ، فَكَانَ الزَّرْعُ كما وَصَفْتُ بَيْنَ ظَهْرَانِي النَّخْلِ، لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ.

قَالَ: ولَيْسَ للْمُسَاقي فِي النَّخْلِ أنْ يزْرَعَ الأرْضَ إلا بإذْنِ رَبِّها، فَإنْ فَعلَ كَانَ كَمَنْ زَرَعَ أرْضَ غيرِهِ.

قَالَ: ولا تَجُوزُ المُسَاقَاةُ إلا بِجُزْءٍ مَعْلوم، قَلَّ أو كَثُرَ، وَإنْ سَاقَاهُ عَلى أنَّ لَهُ نخَلاتٍ بِعَيْنِها مِنَ الحَائِطِ لَمْ يَجُزْ، وَلَو اشْتَرطَ أحَدُهما عَلى صَاحِبِهِ صَاعاً مِنْ تَمرٍ زِيَادَةً لَمْ يَجُزْ، وَكَانَ لَهُ أجْرُ مِثْلِهِ فِيمَا عَملَ.

٢ ـ باب الشرط في الرقيق في المساقاة

١٣٧٤ ـ قَالَ مَالِكٌ: إنَّ أحْسَنَ مَا سُمعَ فِي عُمَّالِ الرَّقِيقِ فِي الْمُسَاقَاةِ، يَشْتَرِطُهُمُ الْمُسَاقي عَلَى صَاحِبِ الأصْلِ: إنَّهُ لا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لأنَّهُمْ عُمَّالُ الْمَالِ، فَهُمْ بِمَنْزِلَةِ الْمَالِ، لا مَنْفَعَةَ فِيهِمْ لِلدَّاخِلِ إلا أنَّهُ تَخفُّ عَنْهُ بِهِمُ الْمَؤُونَةُ، وَإنْ لَمْ يَكونُوا فِي الْمَالِ اشْتَدَّتْ مَؤُونَتُهُ، وَإنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْمُسَاقَاةِ فِي الْعَيْنِ وَالنَّضْحِ[1]، وَلَنْ تَجِدَ أحَداً يُسَاقي فِي أرْضَيْنِ سَوَاءٍ فِي الأصْلِ وَالْمنْفَعَةِ؛ إحْدَاهُمَا بِعَيْنٍ وَاثِنَةٍ غَزِيرَةٍ، وَالأخْرَى بِنَضحٍ عَلَى شَيْءٍ وَاحِدٍ لِخِفَّةِ مُؤْنَةِ الْعَيْنِ، وَشِدَّةِ مُؤْنَةِ النَّضْحِ. قَالَ: وَعَلى ذَلِكَ، الأمْرُ عِنْدَنَا.

قَالَ: وَالْوَاثِنَةُ، الثَّابِتُ مَاءُهَا، الَّتِي لا تَغُورُ وَلا تَنْقَطِعُ.

إلى آخِرِ كَلامِهِ فِي البَابِ.

وَمَعْنى كَلامِهِ أنَّهُ لا يَجُوزُ لِلْعَامِلِ أنْ يشْترطَ أنْ يَعملَ برَقيقِ الحَائِطِ فِي غَيرِهِ، وَلا أنْ يشْترطَ فِي الرَّقِيقِ مَا لَيْسَ فِيهِ، وَلا لِرَبِّ المَالِ أنْ يخرجَ مِنْ رَقيقِ المَالِ مَنْ كَانَ فِيهِ في عَقْدِ في المُسَاقَاةِ، وَلَهُ ذَلِكَ، قِيلَ: وَإنَّما يُسَاقِيهِ عَلى حَالِهِ، وَمَنْ مَاتَ مِنَ الرَّقِيقِ، أو لَحِقَتْهُ آفَةٌ، فَعَلى رَبِّ المَالِ أنْ يَخلفَهُ.

هَذَا كُلُّهُ مَعْنى قَولِهِ آلى آخِرِ البَابِ.

وَإنَّما لَمْ يَجزْ لَهُ أنْ يَشْتَرِطَ فِي العَقْدِ عَلى العَامِلِ أنْ يَأْخُذَ مِنْ رَقِيقِ الحَائِطِ أحَداً كَانَ، فَيخْرِجهُ عَنْهُ بِشَرطِ العَقْدِ؛ لأنَّهُ إذَا فَعَلَ ذَلِكَ، فَقَدِ ازْدَادَ عَليهِ زِيَادَةً، كَمَا لَو اشْتَرَطَ عَليهِ نَخْلةً بِعَيْنِها، أو عَملاً يعملُهُ لَهُ خَاصَّةً في الحَائِطِ، وَأمَّا إذا خرجَ الرَّقِيقُ

١٣٧٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣، من كتاب المساقاة، باب ٢ (الشرط في الرقيق في المساقاة).

(١) النضح: أي الماء الذي يحمله الناضح، وهو الجمل.

مِنَ الحَائِطِ قَبْلَ عَقْدِ المُسَاقَاةِ، فَقَدْ فَعَلَ مَا كَانَ لَهُ فِعْلُهُ فِي مَالِهِ، وَسَاقى الحَائِطَ عَلى مَالِه.

قال أبو عمر: كَلامُهُ ـ رحمهُ اللَّهُ ـ إِنَّما هُوَ فِي اشْتِرَاطِ العَامِلِ عَلى رَبِّ الحَائِطِ مَا كَانَ فِي الحَائِطِ مِنَ الرَّقِيقِ، فَهَذَا لَمْ يَخْتَلِفْ قَولُهُ، وَلا قَول أَصْحَابِهِ فِيهِ، فَإِنِ اشْتَرطَ العَامِلُ رَقِيقاً، لَمْ يَكُونُوا عِنْدَهُ فِي الحَائِطِ، فَقَدِ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ.

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ فِي «المُدَوَّنَةِ»: بَلَغَنِي أَنَّ مالِكاً سَهلَ فِي الدَّابَّةِ الوَاحِدَةِ يَشْتَرِطُها العَامِلُ عَلى رَبِّ الحَائِطِ إِذَا لَمْ تَكُنْ فيهِ، قَالَ: وَذَلِكَ عِنْدِي إِذَا كَانَ الحَائِطُ كَثيراً لَهُ قَدْرٌ فَأَمَّا الحَائِطُ الصَّغِيرُ، فَلا يَجُوزُ.

وَفِي «العُتبيَّةِ» رَوى [عيسى، عَنِ] ابْنِ القاسِمِ، عَنْ مَالِكٍ مِثْلَ ذَلِكَ.

وَقَالَهُ ابْنُ القَاسِمِ.

وَرَوى يَحيى بْنُ يَحيى، عَنْ نَافع أَنَّهُ قَالَ: لَسْتُ آخُذُ بِقَولِ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ، ولا أرى بَأساً أَنْ يَشْتَرِطَ العَامِلُ عَداً مِنَ الرَّقِيقِ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا في الحَائِطِ يومَئِذٍ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، [فَقَالَ] لا بَأسَ أَنْ يَشْتَرِطَ المُسَاقِي عَلى رَبِّ النَّخْلِ غِلْمَاناً يَعْمَلُونَ مَعَهُ، لا يَسْتعملهمُ فِي غَيرِهِ، وَنَفَقَةُ الرَّقِيقِ عَلى مَا يَتَشَارَطَانِ عَلَيهِ، وَلَيْسَ نَفَقَةُ الرَّقِيقِ بِأَكْثَرَ مِنْ أُجْرَتِهِمْ.

فَإِذَا جَازَ أَنْ يَعْمَلُوا لِلْمَسَاقِي بِغيرِ أَجْرٍ جَازَ أَنْ يَعْمَلُوا [لَهُ] بِغيرِ نَفَقَةٍ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ: لا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ رَبُّ المَالِ فِي المُسَاقَاةِ، وَالمُزَارَعَةِ [عَلى] المُسَاقِي دولاباً، وآلاتٍ يَسْتَقِي عَلَيها الزَرْعَ، وَلَو اشْتَرَطَهُ العَامِلُ عَلى رَبِّ الأَرْضِ لَمْ يَجُزْ.

٣٤

كتاب كراء الأرض

١ ـ باب ما جاء في كراء الأرض

١٣٧٥ ـ مَالِكٌ، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ حَنْظَلَةَ بْنِ قَيْسٍ الزُّرَقي، عَنْ رَافعِ بْنِ خَديجٍ، أنّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهى عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ.

قَالَ حَنْظَلَةُ: فَسَأَلْتُ رَافعَ بْنَ خَدِيجٍ، بِالذَّهب وَالْوَرِقِ؟ فَقَالَ: أَمَّا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ، فَلا بَأْسَ بِهِ.

١٣٧٦ ـ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ؛ أَنَّهُ قَالَ سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنْ كِرَاءِ الأرضِ بِالذَّهَبِ والْوَرِقِ؟ فَقَالَ: لا بَأْسَ بِهِ.

١٣٧٧ ـ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ؛ أَنَّهُ سَأَلَ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ؟ فَقَالَ: لا بَأْسَ بِهَا، بالذَّهَبِ وَالوَرِقِ.

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَقُلْتُ لَهُ: أَرَأَيْتَ الْحَدِيثَ الَّذي يُذْكَرُ عَنْ رَافعِ بْنِ خَدِيجٍ؟ فَقَالَ: أَكْثَرَ رَافعٌ، وَلَوْ كَانَ لي مَزْرَعَةٌ أَكْرَيْتُهَا.

١٣٧٨ ـ مَالِكٌ، أَنَّهُ بَلَغَهُ؛ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمنِ بْنَ عَوْف تَكَارَى أرْضاً، فَلَمْ تَزَلْ فِي يَدَيْهِ بِكِرَاءٍ حَتَّى مَاتَ، قَالَ ابْنُهُ: فَمَا كُنْتُ أرَاهَا إلا لَنَا، مِنْ طُولِ مَا مَكَثَتْ فِي يَدَيْهِ، حَتَّى ذَكَرَهَا لَنَا عِنْدَ مَوْتِهِ، فَأَمَرَنَا بِقَضَاءِ شَيْءٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ كِرَائِهَا. ذَهَبٍ أوْ وَرِقٍ.

١٣٧٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ١، من كتاب كراء الأرض، باب ١ (ما جاء في كراء الأرض)، وقد أخرجه مسلم في البيوع، باب ١٩ (كراء الأرض بالذهب والورق) حديث ١١٥، وأبو داود في البيوع حديث ٣٣٩٢، ٣٣٩٣.

١٣٧٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢، من الكتاب والباب السابقين.

١٣٧٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣، من الكتاب والباب السابقين.

١٣٧٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤، من الكتاب والباب السابقين.

١٣٧٩ ـ مَالِكٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يُكْرِي أَرْضَهُ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ.

وسُئِلَ مَالِكٌ: عَنْ رَجُلٍ أَكْرَى مَزْرَعَتهُ بِمائَةِ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ، أَوْ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنَ الْحنطَةِ أَوْ مِنْ غَيْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا؟ فَكرِهَ ذَلِكَ.

قال أبو عمر: قَدْ مَضى، والحَمْدُ للَّهِ فِي المُسَاقَاةِ مَذْهَبُ مَالِكٍ فِي كِرَاءِ الأَرْضِ، وَمَا يَجُوزُ أَنْ تُكْرى بِهِ، ومَا اخْتَلَفَ فِيهِ أَصْحَابُهُ مِنْ ذَلِكَ.

وَأَمَّا هَذَا البَابُ، فَإِنَّما يَقْتَضِي إِشَارَة كلّها إجَازةُ كِرَاءِ الأَرْضِ بِالذَهَبِ، وَالوَرِقِ، وَيَقْتَضِي أيضاً الرَّدَّ عَلى مَنْ كَرِهَ كِرَاءَ الأَرْضِ بِكُلِّ حَالٍ وَنَحْنُ بِحَولِ اللَّهِ تَعالى نُبَيِّنُ ذَلِكَ ـ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ.

فَأَمَّا حَدِيثُ مَالِكٍ فِي هَذَا البَابِ عَنْ رَبِيعةَ، عَنْ حَنظلَةَ، عَنْ رَافِعٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهى عَنْ كِرَاءِ المَزَارِعِ فَظَاهِرُهُ يَقتَضِي النَّهْي عَنْ كِرَائِها بِكُلِّ حَالٍ، إلا أَنَّ رَافِعاً اسْتَثْنى مِنْ ذَلِكَ كِرَاءَها بِالذَّهَبِ، وَالورِقِ.

وَقَدْ رَوى عَنْهُ ابْنُ عُمَرَ هَذَا الخَبَرَ، وَحَمَلهُ عَلى العُمُومِ، فَتَركَ كِرَاءَ المَزَارِعِ.

وَرَوى مَعمرٌ، وَيُونُسُ، وَعقيلٌ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ سَالِمٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ: كَانَ يُكْرِي أَرْضَهَ حَتَّى بَلَغَهُ أَنَّ رَافِعَ [بْنَ خديجٍ]؛ كَانَ يُحدِّثُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهى عَنْ كِرَاءِ المزارعِ، فَترَكَ ابْنَ عُمَرَ كِرَاءهَا.

وَرَواهُ جِويرية، عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ كَذَلِكَ.

وَرَوى اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، عَنْ يَزِيدَ بْنَ أبي حبيبٍ، عَنْ أَبي بجير أَنَّ رَافِعَ بْنَ خديجٍ كَانَ يَقُولُ: مَنعَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نُكْرِيَ المَحاقِلَ[(١)].

وَرَوى عَبْدُ الكَرِيم، عَنْ مُجَاهِدٍ عَنْ ابْنِ رَافِعِ بْنِ خديجٍ، عَن أَبيهِ، قَالَ: نَهى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ إِجَارَةِ الأَرْضِ[(٢)].

فَهذِهِ الرِّوَايَات فِي حَدِيثِ رَافِعِ بْنِ خديجٍ، وَظَاهِرُها أَنَّهُ لا يَجُوزُ كِرَاءُ المزارعِ بِحَالٍ، لا بِذَهَبٍ، وَلا بِفِضَّةٍ، وَلا بِغَيرِ ذَلِكَ.

١٣٧٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥، من الكتاب والباب السابقين.

(١) المحاقل: هي فضول يكون في الأرض.

(٢) أخرجه مسلم في البيوع حديث ١، بلفظ: أن مجاهداً قال لطاوس انطلق بنا إلى ابن رافع بن خديج، فاسمع منه الحديث عن أبيه عن النبي ﷺ قال فانتهر، قال: إني والله لو أعلم أن رسول الله ﷺ نهى عنه ما فعلته ولكن حدثني من هو أعلم به منهم (يعني ابن عباس)، أن رسول الله ﷺ قال: لأن يمنح الرجل أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليها خرجاً معلوماً.
وأخرجه النسائي في المزارعة باب ٢.

وَإلى هَذَا ذَهَبَ طَاوسٌ [اليمانيُّ، فَقَالَ: إِنَّهُ] لا يَجُوزُ كِرَاءَ الأرضِ [بِالذَّهَبِ، وَلا بِالوَرِقِ، وَلَا بِالعُرُوضِ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ كَيسانَ الأصَمَّ، قَالَ: لا يَجُوزُ كرَاءُ الأرْضِ] بِشَيْءٍ مِنَ الأشْيَاءِ؛ لأنَّها إِذَا اسْتُؤْجِرَتْ، وَحَرَثَها المُسْتَأْجِرُ، وَأَصْلَحَها لَعَلَّهُ أنْ يَحْرِقَ زَرْعَهُ، فَيردّها وَقَدْ زَادَتْ وانْتَفَعَ رَبُّ الأرْضِ، وَلَمْ يَنْتَفِعِ المُسْتَأْجِرُ، فَمِنْ هُنَا لَمْ يَجُزْ لأحَدٍ أنْ يَسْتَأجِرَها، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

قال أبو عمر: هَذَا لَيْسَ بِشَيْءٍ، وَإِنَّما كَرِهَ كِرَاءَهُ مَنْ كَرِهَهُ؛ لِلْحَدِيثِ المَأْثُورِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِذَلِكَ.

قال أبو عمر: وَمَنْ حُجَّةِ مَنْ لَمْ يُجِزْ كِرَاءَ الأرْضِ بِشَيْءٍ مِنَ الأشْيَاءِ، وَأبى مِنْ ذَلِكَ حَدِيثُ ضمرةَ بْنِ رَبيعةَ، عَنِ ابْنِ شَوذبَ، عَنْ مَطر، عَنْ عَطاءٍ، عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: خَطَبنا رَسُولُ اللَّهُ ﷺ قَالَ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أرْضٌ فَلْيَزْرَعْها، أو لِيُزْرِعهَا، وَلا يُؤَاجِرهَا»[١].

وَقَدْ ذَكَرْنَا أَسَانِيدَ هَذِهِ الأحَادِيثِ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَقَالَ آخَرُونَ: جَائِزٌ كِرَاءُ الأرْضِ لِمَنْ شَاءَ، وَلَكِنَّهُ لا يَجُوزُ بِشَيْءٍ غَيرِ الذَّهَبِ، وَالوَرِقِ.

وَاحْتَجُّوا بِحَدِيثِ طَارِقِ بْنِ عَبْدِ الرحمنِ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، عَنْ رَافِعِ بْنِ خديجٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّما يَزْرَعُ ثَلاثَةٌ: رَجُلٌ لَهُ أرْضٌ، فَهُوَ يَزْرَعُها، وَرَجُلٌ مُنِحَ أرْضاً، فَهُوَ يَزْرَعُ مَا مَنحَ، وَرَجُلٌ اكْتَرى بِذَهَبٍ، أو فِضَّةٍ»[٢].

قَالُوا: فَلا يَجُوزُ أنْ يَتَعَدَّى مَا فِي هَذَا الحَدِيثِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ البَيَانِ وَالتَّوفِيقِ.

وَهُوَ مَذْهَبُ رَبِيعَةَ، وَسَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ.

وَرَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ [يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ] بْنِ المُسَيَّبِ، أَنَّهُ كَانَ لا يرى بَأْساً بِكِرَاءِ الأرْضِ البَيْضَاءِ بِالذَّهَبِ، وَالوَرِقِ.

وَابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ عَبْدِ الكَرِيمِ الجزريِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ جبيرٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

وَابْن جريجٍ، عَنْ عَطَاءٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يرى بِكِرَاءِ الأرْضِ البَيْضَاءِ بِأْساً بِالذَّهَبِ، وَالوَرِقِ.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع باب ٣١، والنسائي في الأيمان باب ٤٥، وابن ماجه في الرهون باب ٧.

وَقَالَ آخَرُونَ: جَائِزٌ أَنْ تُكْرى الأَرْضُ البَيْضَاءُ بكُلِّ شَيْءٍ من الأشياءِ ما خلا الطَّعَامَ، فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ كِرَاؤُها بِشَيْءٍ مِنَ الطَّعَامِ كُلِّهِ.

وَاحْتَجُّوا بِحَدِيثِ يَعْلى بْنِ حَكيم، عَنِ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ رَافِعِ بْنِ خديجٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ، فَلْيَزْرَعْها، أو لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ، وَلا يُكرِيها بِثُلثٍ، وَلا بُربعٍ، وَلا بِطَعَامٍ مُسَمًّى»[1].

وَإِلى هَذَا ذَهَبَ مَالِكٌ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ، قَالُوا: فَقَد حَاجَزَ فِي هَذَا الحَدِيثِ، وَمنعَ مِنْ كِرَاءِ الأَرْضِ بِالطَّعَامِ المَعْلُومِ، وَغيرِ المَعْلُوم.

وَتَأَوَّلُوا فِي نَهْي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنِ المُحَاقَلَةِ أَنَّهُ كِرَاءُ الأرضِ بالطعام.

وَذَكَرُوا حَدِيثَ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ مَرْفُوعاً، وَفِيهِ: المُحَاقَلَةُ: اسْتِكْرَاءُ الأَرْضِ بِالْحِنطَةِ.

قَالُوا: وَسَائِرُ طَعَامِهِ كُلِّهِ فِي مَعْنَاهَا، وَجَعَلُوهُ، مِنْ بَابِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ نَسِيئَةً.

وَقَالَ آخَرُونَ: جَائِزٌ كِرَاءُ الأَرْضِ بِالذَّهَبِ، [والوَرِقِ]، والطَّعَامِ كُلِّهِ، وَسَائِرِ العُرُوضِ كُلِّها إِذَا كَانَ مَعْلُوماً.

قَالُوا: وَكُلُّ مَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَناً لِشَيْءٍ، فَجَائِزٌ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً فِي كِرَاءِ الأَرْضِ، مَا لَمْ يَكنْ مَجْهُولاً [أو غَرَراً].

وَهُوَ قَولُ سَالِمٍ، وَغَيرِهِ.

وَرَوى ابنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ حَدَّثَهُ، قَالَ سَمِعْتُ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ: أَكْثَرَ رَافِعٌ عَلى نَفْسِهِ فِي كِرَاءِ الأَرْضِ، وَاللَّهِ لَنُكْرِيَنَّها كِرَاءَ الإِبِلِ.

وَذَكَرَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحَاقَ، قَالَ: حَدَّثني ابنُ أخِي جُويرِيةُ، قَالَ: حَدَّثنا جُويرِيةُ، عَنْ مَالِكٍ، عَنِ الزهريِّ أَنَّ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ أَخْبَرَهُ، وَسَأَلَهُ عَنْ كِرَاءِ المزَارِعِ؟ فَقَالَ: أَخْبَرَ رَافِعُ بْنُ خديجٍ، عَبْدَ الله بْنَ عُمَرَ، عَنْ عَمَّيْهِ وَكَانَا قَدْ شَهِدَا بَدْراً، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهى عَنْ كِرَاءِ المزَارِعِ.

قَالَ: فَترَكَ عَبْدُ اللَّهِ كِرَاءَهَا وَقَدْ كَانَ يُكْرِيها قَبْلَ ذَلِكَ.

قَالَ الزُّهريُّ: فَقُلْتُ لِسَالِمٍ: أَفَتُكْرِيها أَنْتَ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَدْ كَانَ عَبْدُ اللَّهِ يُكْرِيها، قُلْتُ: فَأَيْنَ حَدِيثُ رَافِعِ بن خديجٍ؟ فَقَالَ: إِنَّ رَافِعاً أَكْثَرَ عَلى نَفْسِهِ.

وإلى هذا ذَهَبَ الشَّافعيُّ، وأصحابُهُ.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

وَمِنْ حجَّتِهِمْ حَدِيثُ الأوْزَاعِيِّ، عَنْ رَبِيعةَ بْنِ أبي عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ حنظلة بْنِ قَيسِ الأنْصارِيِّ، قالَ: سَألتُ رَافعَ بْنَ خديج، عَنْ كِرَاءِ الأرْضِ بِالذهَبِ وَالوَرِقِ؟ فَقالَ: لا بَأسَ بِذَلِكَ، إنَّما كَانَ [النَّاسُ] على عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يُؤَاجِرُونَ الأرْضَ بِمَا عَلى [الماذياناتِ(1) فِي] إقْبَالِ الجَدَاوِلِ، فَيهلكُ هَذَا، وَيَسْلَمُ هَذَا، [ويهلكُ هَذَا]، فَكذَلِكَ زَجَرَ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَإمَّا شَيْءٌ مَضْمُونٌ مَعْلُومٌ، فَلا.

قَالُوا: فَقَدْ أخْبَرَنا رَافعٌ بِالعِلَّةِ الَّتِي نَهى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ كِرَاءِ المزارعِ.

وَكَذَلِكَ جهل البدل وَأخبرَ أنَّ كِرَاءَها بِكُلِّ شَيْءٍ مَعْلُوم جَائِزٌ.

وَرَوى الثَّوريُّ، وَابْنُ عُيَيْنَةَ، وَيَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، عَنْ يَحيى بْنِ سَعِيدِ الأنْصَارِيِّ، قَالَ: أخبَرني حنظلَةُ بْنُ قيس أنَّهُ سَمِعَ رَافعَ بْنَ خديج، قَالَ: كُنَّا أكْثَرَ الأنْصَارِ حَقْلاً [فَكُنَّا نُخَابِرُ]، فَنَقُولُ: لِهَذَا هَذَا الجَانِبُ، وَلِهَذَا هَذَا الجَانِبُ يَزْرَعُها لَنا، فَرُبَّما أخْرَجَتْ هَذِهِ، وَلَمْ تُخْرِجْ هَذِهِ، فَنَهانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَأمَّا بِذَهَبٍ، أو ورقٍ، فَلَمْ يَنْهَ عَنْهُ، وَهَذا لَفْظُ ابْنِ عُيَيْنَةَ.

[**قال أبو عمر**: يَعْنِي وَمَا كَانَ فِي مَعْنى الذَّهَبِ، وَالوَرِقِ مِنَ الأثمارِ المَعْلُومَاتِ.

وَقِيلَ لابْنِ عُيَيْنَةَ: إنَّ مَالِكاً يَرْوِي هَذَا الحَدِيثَ، عَنْ رَبِيعةَ، فَقَالَ: وَمَا يُرِيدُ مِنْهُ، وَمَا يَرْجُو منه؟ يَحيى بْنُ سَعِيدٍ أحْفَظُ مِنْهُ. وَقَدْ حَفِظْنَاهُ عَنْهُ].

قال أبو عمر: رِوَايَةُ مَالِكٍ لِهَذَا الحَدِيثِ، عَنْ رَبِيعَةَ مُختصرةٌ، فَقَدْ ذَكَرْنَا آثَارَ هَذَا البَابِ كُلَّها بِأسَانِيدِهَا مِنْ طُرُقٍ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَقَالَ آخَرُونَ: جَائِزٌ كِرَاءُ الأرْضِ بِجُزْءٍ ممَّا يَزْرَعُ فِيها مُكْتَرِيها بِثُلثٍ، أو رُبعٍ، أو نِصْفٍ.

وَاحْتَجُّوا بِحَدِيثِ ابْنِ المُبَارَكِ، وَغيرِهِ عَنْ عُبَيد اللَّهِ بن عُمَرَ، عَنْ نَافعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمرَ: أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أعْطى يَهُودَ خَيبرَ النَّخْلَ، وَالأرْضَ عَلى أنْ يعملُوها، وَيَزْرعوها، وَلَهُ شَطْر مَا يَخرجُ فِيها(2).

قَالُوا: هَذَا الحَدِيثُ أصَحُّ مِنْ أحاديث رافع؛ لأنَّها مُضْطَرِبَةُ المُتُونِ جِدّاً.

وَقَدْ ذَكَرْنَا القَائِلِينَ بِجَوازِ المُزَارَعَةِ، وَهِيَ إعْطَاءُ الأرْضِ على النِّصْفِ، وَالثُّلثِ، والرُّبعِ، فِيمَا مَضى مِنَ المُسَاقَاةِ، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً.

---

(1) الماذيانات: جمع ماذيان، وهو النهر الكبير.

(2) أخرجه البخاري في الحرث باب ٨، ٩، والمساقاة حديث ١، ٣، وأبو داود في البيوع باب ٣٤، والترمذي في الأحكام باب ٤١، وابن ماجه في الرهون باب ١٤، والدارمي في البيوع باب ٧١، وأحمد في المسند ٢/ ١٧، ٢٢، ٣٧.

وَروى سُفْيانُ، عَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنْ عَمْرو بْنِ دِينَارٍ، وَابْنِ طَاوسٍ قَالا: كَانَ طَاوسٌ يُخَابِرُ.

قَالَ عَمْرٌو: فَقُلْتُ [لَهُ]: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحمنِ، لَو تَرَكتَ هَذِهِ المُخَابَرَةَ، فَإِنَّهُم يَزْعُمُونَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهى عَنْها.

قَالَ: [حَدَّثنا عُمَرُ، وَأَخْبَرَنِي بِذَلِكَ أَعْلَمَهُمْ - يَعْني ابْنَ عَبَّاسٍ - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَنْهَ عَنْها] يَمْنَحُ أَحَدُكم أَخَاهَ خَيرٌ لَهُ مِمَّنْ يَأْخُذُ عَليها أَجْراً مَعْلُوماً، وَقَدمَ مُعَاذُ بْنُ جَبلٍ، اليَمنَ حِينَ بَعَثَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَهُمْ يُخَابِرُونَ، وَأَقَرَّهُم، وَأَنَا أُعْطِيهم، فَأَكُونُ شَرِيكَهُم، فَإِنْ نقصُوا كُنْتُ قَدْ نقصْتُ مَعَهُم.

قَالَ سُفْيَانُ: [يَقُولُ] لِي نَصِيبِي مِمَّا رَبِحُوا، وَعَليَّ مَا نقصُوا.

وَذَكَر إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحَاقَ، قَالَ: حَدَّثَنِي ابْنُ أَخِي جويريةُ [قَالَ: حَدَّثَنِي جويريةُ]، عَنْ مَالِكٍ، قَالَ: سَأَلْتُ الزَّهريَّ، عَنْ كِرَاءِ الأَرْضِ بِالثُّلثِ، والرُّبعِ؟ فَقَالَ: ذَلِكَ حَسَنٌ.

٣٥

كتاب الشفعة(١)

١ ـ باب ما تقع فيه الشفعة

١٣٨٠ ـ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَعَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَوْفٍ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ(٢) بَيْنَ الشُّرَكَاءِ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ بَيْنَهُمْ، فَلا شُفْعَةَ فِيهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَعلى ذَلِكَ، السُّنَّةُ الَّتِي لا اخْتِلافَ فِيهَا عِنْدَنَا.

هَكَذَا رَوى هَذَا الحَدِيثَ مُرْسَلاً جُمهُورُ رُوَاةِ «المُوَطَّأ».

وَرَواهُ أَبُو عَاصِمِ النَّبِيلُ و[عَبْدُ المَلكِ بْنُ عَبْدِ العَزيز] بْنِ المَاجِشُون، وَيَحْيى بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ دَاوُدَ بْنِ أَبِي قُتَيْلَةَ، وَأَبُو يُوسُفَ، وَسَيدُ بْنُ دَاوُدَ الزَّنْبَرِي، هَؤُلاءِ الخَمسَةُ رَوَوْهُ كُلُّهُم عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدٍ، وَأَبِي سَلَمَةَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ [بِمَعْنَاهُ، فَأَسْنَدُوهُ، وَجَعَلُوهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ].

وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَسَانِيدَ عَنْهُم بِما ذَكرنا فِي «التَّمْهِيدِ»، وَذَكَرْنَا الاخْتِلافَ عَلى ابْنِ شِهَابٍ فِي إِرْسَالِهِ، وَإِسْنَادِهِ أيضاً.

وَقَدْ رَوَاهُ ابْنُ إِسْحَاقَ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ بِإِسْنَادِهِ، فَجَعَلَهُ عَنْ أَبي هُرَيْرَةَ كَمَا قَالَ كُلُّ مَنْ رَوَاهُ كَذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ.

---

(١) الشفعة: لغة، الضم، من شفعت الشيء ضممته، فهو ضم نصيب إلى نصيب، ومنه شفع الأذان، وقيل: من الشفع ضد الوتر، لأنه ضم نصيب شريكه إلى نصيبه وقيل: من الزيادة لأنه يزيد ما يأخذه منه إلى ماله. وقيل: من الشفاعة لأنه يتشفع بنصيبه إلى نصيب صاحبه، وقيل: لأنهم كانوا في الجاهلية إذا باع الشريك حصته أتى المجاور شافعاً إلى المشتري ليوليه ما اشتراه.

والشفعة: شرعاً استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمن.

١٣٨٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ١، من كتاب الشفعة، باب ١ (ما تقع فيه الشفعة) وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠٣/٦.

(٢) فيما لم يقسم: أي في كل مشترك مشاع قابل للقسمة.

وَحَدِيثُ ابْنِ شِهَابٍ هَذَا قَدِ اتَّفَقَ جَمَاعَةُ العُلَمَاءِ عَلى القَولِ بِهِ؛ لأنَّهُم يُوجِبُونَ الشُّفْعَةَ لِلشَّرِيكِ فِي المُبْتَاعِ مِنَ الدُّورِ، وَالأرضِينَ، وَكُلِّ مَا تَأْخُذُهُ الحُدُودُ، وَيحتملُ القِسْمةَ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ، وَمَا كَانَ مِثْلَهُ، وَإِنَّما اخْتَلَفَ العُلَمَاءُ فِيمَا بَعْدَ ذَلِكَ عَلى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

١٣٨١ ـ قَالَ مَالِكٌ: إِنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنِ الشُّفْعةِ، هَلْ فِيهَا مِنْ سُنَّةٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ. الشُّفْعةُ في الدُّورِ وَالأرضِينَ. وَلا تَكُونُ إلا بَيْنَ الشُّرَكَاءِ.

١٣٨٢ ـ مَالِكٌ: أنَّه بَلَغَهُ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، مِثْلُ ذَلِكَ.

وَهَذَا قَولُ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَصْحَابِهِ، وَجُمهورِ فُقَهاءِ أَهْلِ الحِجَازِ أَنَّهُ لا شُفْعَةَ إلا فِي المُشَاعِ مِمَّا تَصْلُحُ فِيهِ الحُدُودُ عِنْدَ القِسْمَةِ بَيْنَ الشُّرَكاءِ.

قال أبو عمر: أجْمَعَ العُلماءُ عَلى أنَّ الشُّفْعَةَ فِي الدُّورِ، وَالأرضِينَ، وَالحَوَانِيتِ، وَالرِّباعِ كُلِّها بَيْنَ الشُّرَكاءِ فِي المُشَاعِ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ، وَأَنَّها سُنَّةٌ مُجْتَمعٌ عَلَيها يَجِبُ التَّسْلِيمُ لَها، وَلَمْ يُجمِعُوا أنَّها لا تَكُونُ إلا بَيْنَ الشُّرَكَاءِ؛ لأنَّ مِنْهُم مَنْ أوْجَبَها لِلْجَارِ المُلاصِقِ، وَهُمْ أَكْثَرُ أَهْلِ العِراقِ، وَمِنْهُم مَنْ أوْجَبها إِذَا كَانَتِ الطَّرِيقُ وَاحِدَةً، وَمِنهُم مَنْ أَوْجَبَها فِي كُلِّ شَيْءٍ مُشاع بَيْنَ الشُّرَكاءِ مِنْ جَمِيعِ الأشْيَاءِ مِنَ الحَيَوانِ، وَالعُرُوضِ، وَالأصُولِ كُلِّها، وَغَيرِهَا، وَهُوَ قَولٌ شاذٌّ، قَالَهُ بَعْضُ أَهْلِ مَكَّةَ، وَرَوى فِيهِ حَدِيثاً مُنْقَطِعاً عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، وَأَمَّا السُّنَّةُ المُجْتَمَعُ عَلَيها، فَعلى مَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ، وَعَلى مَا حَكَاهُ مَالِكٌ أَنَّهُ الأمْرُ الَّذِي لا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَهُم ـ يَعْنِي فِي المَدِينَةِ، وَفِيهِ مِنَ الأخْبَارِ المَنْقُولَةِ بِنَقْلِ العُدُولِ الآحَادِ حَدِيثُ ابْنِ شِهَابٍ المَذْكُورُ فِي هَذَا البَابِ، وَقَدْ أَسْنَدَهُ معمرٌ وُجَوَّدَهُ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، وَغيرُهُ، عَنْ معمرٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُم عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ [أَنَّهُ] قَالَ: «إِنَّما جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الشّفْعَةَ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ[١]، وَصُرِفَتِ الطُّرقُ، فَلا شُفْعَةَ»[٢].

١٣٨١ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢، من الكتاب والباب السابقين.

١٣٨٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣، من الكتاب والباب السابقين.

(١) إذا وقعت الحدود: جمع حد، وهو ما تتميز به الأملاك بعد القسمة، وأصل الحسد، المنع، فتحديد الشيء يمنع خروج شيء منه ويمنع دخوله فيه.

(٢) أخرجه البخاري في الحيل باب ١٤، والشركة باب ٨، ٩، والشفعة باب ١، وأبو داود في البيوع باب ٧٣، والترمذي في الأحكام باب ٣٣، والنسائي في البيوع باب ١٠٩، وابن ماجه في الشفعة باب ٣، وأحمد في المسند ٣/ ٢٩٦، ٣٩٩.

وَكَانَ أَحْمَدُ بْنُ حَنبلٍ يَقُولُ: حَدِيثُ مَعمرٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ فِي الشُّفْعَةِ، عَنْ أَبِي سَلمَةَ، عَنْ جابِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ [أَصَحُّ مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ].

وَقَالَ يَحيى بْنُ مَعينٍ: مُرْسَلُ مَالِكٍ أَحبُّ إِليَّ.

ذَكَرهُ أَبُو زُرْعَةَ الدمشقيُّ عَنْهُما.

وَذَكَرَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ حَنبلٍ قَالَ: سَمِعْتُ أَبِي يَقُولُ: أَهْلُ المَدِينَةِ لا يَرَونَ الشّفْعةَ إلا لِلشَّرِيكِ عَلى حَدِيثِ الزُّهريِّ، عَنْ أَبِي سَلمةَ، [عَنْ جَابِرٍ: إِذَا وَقَعتِ الحُدُودُ، فَلا شُفْعَةَ، قَالَ: وَرَوَاهُ مَالِكٌ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ سَعِيدٍ، وَأَبِي سَلَمَةَ] مُرْسَلاً، وَبِهِ أَقْولُ: لا أرى الشُّفْعَةَ لِغَيرِ الشَّرِيكِ، لا أَرَاها لِلْجَارِ.

قال أبو عمر: فِي حَدِيثِ ابْنِ شِهَابٍ مَا ينفِي الشُّفْعَة بالجوار فإذا لم تجب الشفعة للشريك إذا قسم وضرب الحدود كان الجار الملاصق لم يقسم ولا ضرب الحدود أبعد من أن يجب ذلك له.

وَفِي حَدِيثِ ابْنِ شِهَابٍ أيضاً مَا يَنْفِي الشُّفْعَةَ فِي كُلِّ مَا لا يقسمُ، وَلا يَحْتمِلُ قسْمَةً، ولا يَصْلُحُ أَنْ يصرَفَ فِيه الحُدودَ، وَذَلِكَ يَنْفِي الشُفَعَةَ فِي الحَيوانِ والعُرُوضِ كُلِّها؛ لأنَّها لَيْسَتْ لِمَوْضِعِ الحُدُودِ.

وَأَمَّا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابِهِ، وَالثَّوريِّ فِي هَذَا البَابِ فَقَالُوا: لا شُفْعَةَ فِيمَا سِوى الدُّورِ، وَالأرضِينَ، وَالشُّفْعَةُ فِي ذَلِكَ مَقْسُوماً كَانَ أو مُشَاعاً، وَأوجَبُوا الشُّفعَةَ لِلْجَارِ بِحَدِيثِ أَبِي رَافِعٍ، عَنِ النَّبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «الجَارُ أَحَقُّ بسَقَبِهِ»[1].

وَهُوَ حَدِيثٌ يَرْوِيهِ جَمَاعَةٌ مِنْ أئِمَّة [أَهْلِ الحَدِيثِ]، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بن مَيْسَرَةَ، عَنِ عَمْرِو بْنِ الشريدِ، عَنْ أَبِي رافِعَ، عَنِ النَّبي ﷺ.

وَحَدِيثُ ابْنِ شِهَابٍ يُعَارِضُهُ، وَهُوَ أَصَحُّ إِسْنَاداً.

وَالشُّفْعَةُ عِنْدَ الكوفِيِّينَ مُرتبةٌ، وَأولى النَّاسِ بِالشُّفْعَةِ عِنْدَهُم الَّذِي لَمْ يقاسِمْ، ثُمَّ الشَّرِيكُ المُقَاسِمُ، إِذَا بَقِيتْ لَهُ فِي الطَّرِيق شَركةٌ، ثُمَّ الجَارُ المُلاصِقُ.

وَإِنَّما تَجِبُ عِنْدَهُم الشُّفْعَةُ فِي الطَّرِيقِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الشَّرِيكُ فِي المُشَاعِ.

وَكَذَلِكَ لا يَجِبُ لِلْجَارِ الَّذِي لا شَرِكَةَ لَهُ فِي الطَّرِيقِ إلا عِنْدَ عَدَمِ مَنْ ذَكَرْنَا، أو عَدَمِ إِرَادَتِهِ الأَخْذَ بِها.

---

(١) أخرجه البخاري في الشفعة باب ٢، وأبو داود في البيوع باب ٧٣، والترمذي في الأحكام باب ٣٣، والنسائي في البيوع باب ١٠٩، وابن ماجه في الشفعة باب ٢، ٣، وأحمد في المسند ٤/ ٣٨٩، ٢٩٠، ٦/ ١٠، ٣٩٠.

وَحُجَّتُهم فِي اعْتِبَارِ الشَّركَةِ فِي الطَّرِيقِ حَدِيثُ عَبْدِ المَلِكِ بْنِ أَبِي سُليمانَ [العَرْزَميِّ]، عَنْ عَطَاءٍ، عَنْ جَابِرٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الجَارُ أَحَقُّ بِشُفعَتِهِ يُنْتَظَرُ بهَا إِذَا كَانَ غَائِباً، إِذَا كَانَتْ طَرِيقُهما وَاحِدَةً»[1].

وَهَذا حَدِيثٌ انْفَرَدَ بِهِ عَبْدُ الملكِ بْنُ أَبِي سُليمانَ العَرْزَمِيُّ، وَهُوَ ثِقَةٌ، وَأَنْكَرَهُ عَليهِ شُعْبَةُ وَقَالَ: لَو جَاءَ عَبْدُ المَلكِ بِحَدِيثٍ آخَرَ مِثْلَ هَذَا لأَسْقَطْتُ حَدِيثَهُ، وَمَا حَدَّثْتُ عَنْهُ بِشَيْءٍ.

وَقَال [سُفْيانُ] الثَّوريُّ، عَبْدُ الملكِ بْنُ أَبِي سُليمانَ أَعْدَلُ مِنَ المِيزَانِ.

قال أبو عمر: قَدْ رُوِيَ مِثْلُ قَولِ الكُوفِيِّينَ، عَنْ طَائِفَةٍ مِنَ التَّابعِينَ، وَرُوِيَ مِثْلُ قَولِ الحِجَازِيِّينَ، عَنْ عُمَرَ، وَعُثْمانَ، وَعُمَرَ بْن عَبْدِ العَزِيزِ، [وَغَيرِهم]، وَهُوَ أَصَحُّ مَا قِيلَ فِي ذَلِكَ مِنْ جهَةِ الأثرِ، وَمِن جِهَةِ النَّظَرِ أيضاً؛ لأنَّ المُشْتَرِي لا يَجِبُ أَنْ يَخْرُجَ مَالُهُ، عَنْ يَدِهِ بِغَيرِ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ إلا بيَقِينٍ يَجبُ التَّسْلِيمُ لَهُ.

وَرَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَفْصِ بْنِ عُمَرَ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ عُمَرَ كَتَبَ إِلى شُرِيحٍ أَنِ اقْضِ بالشُّفْعَةِ لِلْجَارِ، فَكَانَ يَقْضِي بِها.

وَسُفْيانُ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْسَرَةَ قَالَ: كَتَبَ إِلَيْنا عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ: إِذَا حُدَّتِ الحِدودُ فَلا شُفْعَةَ، قَالَ إِبْرَاهِيمُ: فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لطَاوسٍ فَقَالَ: لا. الجَارُ أَحَقُّ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: فِي رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصاً مَعَ قَوْمٍ فِي أَرْضٍ بحَيَوانٍ؛ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةٍ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْعُرُوضِ، فَجاءَ الشَّرِيكُ يَأْخُذُ بِشُفعَتِهِ بَعْدَ ذَلِكَ، فَوَجَدَ الْعَبْدَ أَو الْوَلِيدَةَ قَدْ هَلَكَا وَلَمْ يَعْلَمْ أَحَدٌ قَدْرَ قيمَتهمَا، فَيَقُولُ الْمُشْتَرِي: قِيمَةُ الْعَبْدِ أَوِ الْوَلِيدَةِ مَائَةُ دِينَارٍ، وَيقُولُ صَاحِبُ الشُّفْعَةِ الشَّرِيكُ: بَلْ قِيمَتُهُما خَمْسُونَ دِينَاراً.

قَالَ مَالِكٌ: يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي أَنَّ قِيمَةَ مَا اشْتَرَى بِهِ مائَةُ دِينَارٍ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَ صَاحِبُ الشُّفْعَةِ، أَخَذَ أَوْ يَتْرُكَ إلا أَنْ يَأْتِي الشَّفِيعُ بِبَيِّنَةٍ، أَنَّ قيمةَ الْعَبْدِ أو الْوَلِيدَةِ دُونَ مَا قَالَ الْمُشْتَرِي.

قال أبو عمر: الشَّفِيعُ طَالِبُ آخِذٌ، والمُشْتَرِي مَطْلُوبٌ مَأْخُوذٌ مِنْهُ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ العَدلُ قَولَ المُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ؛ لأَنَّهُ مُدَّعى عَليهِ، وَالشَّفِيعُ مُدَّعٍ، وَلا بَيِّنَةَ لَهُ، وَلَو كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ أَخذَ بِها، وَعَلى هَذَا القَولِ جُمهورُ الفُقَهاءِ.

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع باب ٧٣، والترمذي في الأحكام باب ٣٢، وابن ماجه في الشفعة باب ٢، وأحمد في المسند ٣/ ٣٥٣.

(٢) الموطأ، ص٧١٤.

وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، والكُوفيينَ.

وَقَدْ خَالَفَ [فِي ذَلِكَ] بَعْضُ التَّابِعِينَ، وَجَعلَ القَولَ قَولَ الشَّفِيعِ؛ لِوُجُوبِ الشُّفْعَةِ لَهُ، وَجَعَلَ المُشْتَرِيَ مُدَّعِياً فِي الثَّمَنِ، أو قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ عَرضاً؛ لأَنَّهُ أَخَذَ لَهُ، وَالقَولُ الأَوَّلُ أولى بِالصَّوابِ، لِمَا ذَكَرْنَا، وَبِاللَّهِ تَوْفِيقُنَا.

وَكَذلِكَ لَو اخْتَلَفَ المُشْتَرِي، وَالشَّفِيعُ فِي مَبْلَغِ الثَّمَنِ، وَلَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُما [بَيِّنَةٌ كَانَ القَولُ قَولَ المُشْتَرِي؛ لأَنَّهُ المَطْلُوبُ بِالشُّفْعَةِ، وَالمَأْخُوذُ مِنْهُ] الشِّقْصُ وَلَو أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما البَيِّنَةَ عَلى مَا ادَّعى [فَفِيهَا قَوْلانِ لِلفُقَهاءِ:

(أَحَدُهما): البَيِّنَةُ: بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ.

(وَالأُخْرى): البَيِّنَةُ: بَيِّنَةُ المُشْتَرِي.

وَكَذلِكَ لَو أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما البَيِّنَةَ عَلى مَا حكاهُ] مِنْ ثَمَنِ العَرضِ الَّذِي هُوَ لِلشُّفْعَةِ.

[وَأَمَّا اخْتِلافُ أَصْحابِ مَالِكٍ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، وَفِي سَائِرِ مَسَائِلِ الشُّفْعَةِ] فَكَثِيرَةٌ، لا يُحْصى كَثْرَةً.

وَفِي «المُدَوَّنَةِ» قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: القَولُ قَولُ المُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ الشِّقْصِ، وَكَانَ قَدْ أَتى بِمَا يُشْبِهُ، فَإِنْ أَتِي بما لا يُشْبِهُ وَأَتى الشَّفِيعُ بِمَا يُشْبِهُ، فَالقَولُ قَولُه مَعَ يَمِينِهِ، وَمَنْ أَتى مِنْهُما بِبَيِّنَةٍ، قُضِيَ لَهُ، فَإِنْ أَتَيا جَمِيعًا بِالبَيِّنَةِ، فَإِنْ تَكَافَئَا فِي العَدَالَةِ سَقَطَتَا، وَكَانَ القَولُ قَولَ المُشْتَرِي، فَإِنْ لَمْ يَتَكافَئَا قُضِي بِأَعْدَلِهِما.

وَقَالَ سَحْنُونُ: البَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُشْتَرِي؛ لأَنَّها زَادَتْ علمًا.

وَرَوى أَشْهَبُ؛ عَنْ مَالِكٍ، قَالَ: إِذَا كَانَ المُشْتَرِي ذَا سُلْطَانٍ، فَالقَولُ قَولُهُ فِي الثَّمَنِ فَلا يَمِينَ؛ لأَنَّ مِثْلَهُ يَرغَبُ فِي الثَّمَنِ عِنْدَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَرَى عَليهِ اليَمِينُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: القَولُ قَولُ المُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ إِذَا ادَّعَى مَا لا يُشْبِهُ [فَإِنِ ادَّعى مَا يُشْبِه، فَالقَولُ قَولُهُ بِلا يَمِينٍ.

وَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ، عَنْ مُطرفٍ، أَنَّهُ قَالَ: القَولُ قَولُ المُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ إِذَا ادَّعى مَا لا يُشْبهُ]. وَأَتَى بالسرفِ؛ لأَنَّهُ مُدَّعى عَليهِ.

قَالَ ابْنُ حبيبٍ: إِنَّمَا يَكُونُ القَولُ قول المُشْتَرِي مَا لَمْ يَأْتِ بالسرفِ، فَإِنْ أَتَى بالسرف رُدَّ إِلى القِيمَةِ، وخُيِّرَ الشَّفِيعُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: مَنْ وَهَبَ شِقْصًا فِي دَارٍ، أَو أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَأَثَابَهُ المَوْهُوبُ لَهُ

(١) الموطأ، ص٧١٤.

بِهَا نَقْدًا أَوْ عَرْضًا، فَإِنَّ الشُّرَكَاءَ يَأْخُذُونَها بِالشُّفْعَةِ إِنْ شَاؤُوا، وَيَدْفَعُونَ إِلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ قِيمَةَ مَثُوبَتِهِ، دَنَانِيرَ أَو دَرَاهِمَ.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ وَهَبَ هِبَةً فِي دَارٍ أَو أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَلَمْ يُثَبْ مِنْهَا، وَلَمْ يَطْلُبْهَا، فَأَرَادَ شَرِيكُهُ أَنْ يَأْخُذَها بِقِيمَتِهَا، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ، مَا لَمْ يُثَبْ عَلَيْهَا، فَإِنْ أُثِيبَ، فَهُوَ لِلشَّفِيعِ بِقِيمَةِ الثَّوابِ.

[**قال أبو عمر**: قَدْ كَانَ مَالِكٌ فِي صَدْرٍ مِنْ عُمْرِهِ يَرَى فِي الهِبَةِ الشُّفْعَة، وَإِنْ كَانَتْ لِغَيْرِ ثَوابٍ؛ لأَنَّهُ انْتِقَالُ مِلْكٍ، ثُمَّ رجع عَنْ ذَلِكَ وَلَمْ يَرَ الهبة لِغَيْرِ ثَوابٍ شفعة.

ذَكَرَ ذَلِكَ عَنْهُ ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ.

وَأَمَّا الهِبَةُ للثَّوَابِ، فَهِيَ عِنْدَهُ كَالبَيْعِ، وَفِيهَا الشُّفْعَةُ، لَمْ يَخْتَلِفْ قَولُهُ فِي ذَلِكَ، وَلا قَولُ أَصْحَابِهِ، إِلا أَنَّهُم اخْتَلَفُوا فِيهِ لَو أَنَّ المَوْهُوبَ لَهُ أَثَابَ الوَاهِبَ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ الشِّقْصِ الموهُوبِ.

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: لا يَأْخُذُهُ إِلا بِقِيمَةِ الثَّوابِ كُلِّهِ، قَالَ: ولِهَذَا يَهبُ النَّاسَ مِنَ الهِبَاتِ، وَلَمْ يذكُرْ قوتًا، بَلْ قَالَ ذَلِكَ مُجْملاً.

وقَالَ أَشْهَبُ: إِذَا أَتى بِهِ أَكْثَرَ مِنْ قِيمتِهِ قَبلَ أَنْ يدخلَ الهِبة قَوْلانِ:

فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهُ إِلا بِجَمِيعِ الثَّوابِ أَو شركِهِ.

وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الفوتِ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَشْفعَ بِقِيمَةِ الشِّقْصِ فَقَط.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَالهِبَةُ للثَّوَابِ عِنْدَهُ بَاطِلٌ مَرْدُودَةٌ؛ لأَنَّها عِنْدَهُ مِنْ بَابِ البَيْعِ بِثَمَنٍ مَجْهُولٍ، وسَيَأْتِي ذَلِكَ فِي بَابِ الهِبَاتِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

قَالَ: وَلا شُفْعَةَ لِلشَّافِعِيِّ فِي الهِبَةِ؛ لِلثواب لأَنَّهُ مَرْدُودٌ مِنْ فِعْلِ مَنْ فَعَلَهُ.

وَأَمَّا الكُوفِيُّونَ: فيجيزون الهِبَةَ لِلثَّوابِ، ويضمنونها اتِّبَاعًا لعمَرَ بْنِ الخطَّابِ وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ ـ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ.

وَلَكِنَّهُمْ لا يَرُوْنَ الهِبَةَ لِلثَّوَابِ شُفْعَةً؛ لأَنَّها عِنْدَهُمْ هِبَةٌ لَيْسَتْ بِبَيْعٍ.

وَكَذَلِكَ لا شُفْعَةَ عِنْدَهُمْ فِي صَدَاقٍ، ولا أُجرَةٍ، وَلا جُعْلٍ، وَلا خُلْعٍ وَلا فِي شَيْءٍ صُولِحَ عَلَيهِ مِنْ دَمٍ عَمْدٍ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي رَجُلٍ اشْتَرى شِقْصًا فِي أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، بِثَمَنٍ إِلى أَجَلٍ، فَأَرَادَ الشَّرِيكُ أَنْ يَأْخُذَهَا بَالشُّفْعَةِ.

---

(١) الموطأ، ص٧١٥.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ مَلِيًّا، فَلَهُ الشُّفْعَةُ بِذَلِكَ الثَّمَنِ إِلى ذَلِكَ الأَجْلِ، وَإِنْ كَانَ مَخُوفًا أَنْ لا يُؤَدِّي الثَّمَنَ إِلى ذَلِكَ الأَجَلِ، فَإِذَا جَاءَهُمْ بِجَمِيلٍ مَليٍّ ثِقَةٍ مِثْلِ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الشِّقْصَ في الأَرْضِ الْمُشْتَرَكَةِ، فَذَلِكَ لَهُ].

قال أبو عمر: لَمْ يَخْتَلِفْ قَولُ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ [فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ] عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي «مُوطَّئِهِ»، إلا أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي الَّذِي يَشْتَرِي شِقْصًا مِنْ رُبعٍ بِثَمنٍ إِلى أَجَلٍ، فَلا يقومُ الشَّفِيعُ حتَّى يحلَّ الأَجَلُ عَلى المُشْتَرِي.

فَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ، عَنِ ابْنِ المَاجشونِ أَنَّهُ قَالَ: يَأْخُذُها الشَّفِيعُ وَيَكُونُ الثَّمَنُ عليهِ مُؤَجلا إِلى مِثْلِ ذَلِكَ الأَجَلِ الَّذِي كَانَ على المُشْتَرِي.

وَقَالَ أَصبغٌ: لا يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بَالشُّفْعَةِ إلا بِثَمَنٍ حَالٍّ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَقَالَ فِيمَا ذَكَرَ عَنْهُ المُزَنِيُّ: إِنِ اشْتَرَى النَّصيبَ مِنَ الدَّارِ، وَسَائِرَ الرِّبَاعِ وَالأَرْضَ بِثَمَنٍ إِلى أَجَلٍ، قِيلَ للشَّفِيعِ إِنْ شِئتَ، [فَعَجِّلِ الثَّمَنَ، وَتَعَجَّلِ الشّفْعَةَ، وَإِنْ شِئْتَ] فَدَعْ حَتَّى يحلَّ الأَجَلُ.

وَقَولُ الكُوفِيِّينَ فِي ذَلِكَ نَحو قَولِ الشَّافِعِيِّ.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ الثَّورِيِّ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ بَاعَ مِنْ رَجُلٍ أَرضًا فيها شُفْعَةٌ لِرَجُلٍ إِلى أَجَلٍ، فَجَاءَ الشَّفِيعُ، فَقَالَ: أَنَا آخُذُها إِلى أَجلِها قَالَ: [لا يَأْخُذُها إلا بالنَّقْدِ؛ لأَنَّها قَدْ دَخَلَتْ فِي ضَمَانِ الأَوَّلِ.

قَالَ سُفْيَانُ: وَمِنَّا مَنْ يَقُولُ: يُقَرّ فِي يَدِ الَّذِي ابْتَاعَها، فَإِذَا بَلغَ الأَجل أَخَذَها الشَّفِيعُ.

قَالَ مَالِكٌ[١]: لا تَقْطَعُ شُفْعَةَ الغَائِبِ غَيْبَتُهُ، وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ، وَلَيْس لِذَلِكَ عِنْدَنَا حَدٌّ تُقْطَعُ إِلَيْهِ الشُّفْعَةُ.

قَالَ يَحْيَى: قُلْتُ لابْنِ القَاسِمِ: هَلْ تَرى الإسكندريَّةَ ـ يَعْنِي مِنْ مِصْرَ ـ غيبةً، وَهُوَ يبلغُهُ أَنْ صَاحِبَهُ قَدْ بَاعَ، فَيقيمُ عَلى ذَلِكَ المُشْتَرِي سنينَ العشْرَةِ، وَنحوها، ثُمَّ يَأْتِي بَعْدَ ذَلِكَ يَطْلُبُ الشُّفْعَةَ؟.

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: هَذِهِ غَيبةٌ لا تقطعُ عَلى المُشْتَرِي شُفْعَتَهُ، وَإِنْ بَلَغَهُ ذَلِكَ، فَنَرى السُّلْطَانَ أَنْ يكْتُبَ إِلى قَاضِي البَلَدِ الَّذِي هُوَ بِهِ أَنْ يوقفَ، وَيعلمَهُ شَرِيكهُ قَدْ بَاعَ، فَإِمَّا أَخَذَ، وَإِمَّا تَركَ.

---

(١) الموطأ، ص٧١٥.

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: لا أرى ذَلِكَ عَلى القَاضِي إلا أنْ يطلب [ذَلِكَ] المُبْتَاعُ، فيكتبُ لَهُ القَاضِي الَّذِي بِمَكَانِهِ إلى قَاضِي البَلَدِ بما ثَبَتَ عِنْدَهُ مِن اشْتِرَائِهِ، وَمَا يطلبُ مِنْ قَطْعِ الشُّفْعَةِ [عَنْهُ]، فيوقفُهُ، فَإِمَّا أَخَذَ، وَإِمَّا تَرَكَ، فَإِنْ تَرَكَ، فَلا شُفْعَةَ لَهُ.

قَالَ: قُلْتُ لابْنِ القَاسِمِ؛ فَمَا تَرَى القربَ الَّذِي يقطعُ الشُّفْعَةَ؟ قَالَ: ما وقَّتَ لَنا مَالِكٌ فِيهِ شَيْئًا، قَدْ تَكُونُ المَرْأَةُ الضَّعِيفَةُ، وَالرَّجُلُ الضَّعِيفُ عَلى البريدِ فَلا يَستَطِيعُ أَنْ ينهضَ، وَلا يُسَافِرَ، فَلَمْ يَحِدْ لَنَا حَدًّا، وَإِنَّمَا فِيهِ اجْتِهَادٌ للسُّلْطَانِ عَلى أَفْضَلِ مَا يَرَى.

قال أبو عمر: أَمَّا شُفْعَةُ الغَائِبِ، فَإِنَّ أَهْلَ العَلْمِ مُجْمِعُونَ عَلى أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِبَيْعِ الحِصَّةِ الَّتِي هُوَ فِيها شَرِيكٌ مِنَ الدُّورِ، وَالأَرْضِينَ، ثُمَّ قَدِمَ، فَعَلِمَ، فَلَهُ الشُّفْعَةُ مَعَ طُولِ [مُدَّة] غَيْبَتِهِ.

وَاخْتَلَفُوا إِذَا علمَ فِي حَالِ الغَيْبَةِ:

فَقَالَ مِنْهُم قَائِلُونَ: لَمْ يشهدْ حِينَ عَلمَ أَنَّهُ أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ مَتَى قَدِمَ، فَلا شُفْعَةَ لَهُ؛ لأَنَّهُ تَارِكٌ لَها.

وَقَالَ آخَرونَ: هُوَ عَلى شُفْعَتِهِ أَبَدًا، حَتَّى يَقدمَ، وَلَمْ يَذْكُرُوا إِشْهادًا.

وَأَمَّا القَولُ فِي أَمَد شُفْعَةِ الحَاضِرِ العَاجِلِ، فَيَأْتِي فِي [آخِرِ] كِتَابِ الشُّفْعَةِ، حَيْثُ رَسَمَهُ مَالِكٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجلَّ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ»[1] أَو قَالَ: «بِشُفْعَتِهِ، ينتظرُ بِها إِذَا كَانَ غَائِبًا»[2].

رَوى عَبْدُ الرَّزَاقِ، [وَغَيرُهُ] عَنِ الثَّورِيِّ، عَنْ سُلَيمانَ الشَّيبانِيِّ عَن حُمَيدٍ الأَزْرَقِ، قَالَ: مَضى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ بَالشُّفْعَةِ بَعْدَ أَرْبَعَ عَشرَةَ سَنَةً، يَعْنِي لِلغَائِبِ.

قَالَ مَالِكٌ[3]: فِي الرَّجُلِ يُوَرِّثُ الأَرْضَ نَفَرًا مِنْ وَلَدِهِ ثُمَّ يُولَدُ لأَحَدِ النَّفَرِ، ثُمَّ يَهْلِكُ الأَبُ، فَيَبِيعُ أَحَدُ وَلَدِ الْمَيِّتِ حَقَّهُ فِي تِلْكَ الأَرْضِ فَإِنَّ أَخَا الْبَائِعِ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ مِنْ عُمُومَتِهِ، شُرَكَاءِ أَبِيهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا الأَمْرُ عِنْدَنَا.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ، وَسَائِرُ الفُقَهَاءِ فِي مِيرَاثِ الشُّفْعَةِ وَهَل تُورَّثُ، أَو لا تُورَّثُ؟ وَفِي كَيْفِيَّةِ الشُّفْعَةِ بَيْنَ الوَرَثَةِ، هَلْ هِي لِلكَبِيرِ كَالوَلاءِ؟ وَهَل تَدْخُلُ العَصَبَةُ فِيها عَلى ذَوِي الفُرُوضِ، أَو يَدْخُلُ بَعْضُ أَهْلِ السِّهامِ فِيهَا عَلى بَعْضٍ؟

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه. (٢) تقدم الحديث مع تخريجه. (٣) الموطأ، ص٧١٥.

فَأَمَّا مِيرَاثُ الشُّفْعَةِ، فَذَهَبَ الثَّوْرِيُّ، وسَائِرُ الكُوفِيِّينَ إِلى أَنَّها لا تُوهَبُ وَلا تورَّثُ؛ لأَنَّها لا مُلْكَهُ؛ وَلا مَالَهُ.

وَأَمَّا مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَسَائِرُ أَهْلِ الحِجَازِ، فَإِنَّهُم يَرَونَ الشُّفْعَةَ مَوْرُوثَةً؛ لأَنَّها حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ المَيِّتِ، يَرِثُهُ عَنْهُ وَرَثَتُهُ.

وَأَمَّا الشُّفْعَةُ بَيْنَ ذَوِي السِّهَامِ فِي المِيرَاثِ، فَالمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ عِنْدَ أَصْحَابِهِ مَعْنى مَا ذَكَرَهُ فِي «المُوَطَّأ»: أَنَّ أَهْلَ السَّهْمِ الوَاحِدِ أَحَقُّ بالشُّفْعَة فِيهِ مِنْ غَيْرِهِمْ مِنَ الشُّرَكاءِ فِي سَائِرِ المِيرَاثِ، وَأَنَّهُ لا يَدْخُلُ العَصَباتُ عَلى ذَوِي السِّهامِ [فِي الشُّفْعَةِ، وَأَنَّ ذَوِي السِّهَامُ] يَدْخُلُونَ عَلى العَصبَاتِ فِيها.

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ.

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: بِمَا وَصَفتُ لَكَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: لا يَدْخُل ذَوُو السِّهَام عَلى العَصبَاتِ، وَلا يَدْخُلُ العصبَاتُ عَلى ذَوِي السِّهامِ، لا يَدْخُلُ هَؤُلاءِ عَلى هَؤُلاءِ، وَلا هَؤُلاءِ عَلى هَؤُلاءِ، وَلا يَتَشَافَعُ أَهْلُ السَّهْمِ فِيمَا بَيْنَهم خَاصَّةً.

وَقَالَ المُغِيرَةُ المخزوميُّ: يَدْخُلُ العَصبَاتِ على ذوي السِّهامِ، وذوو السِّهامِ على العَصبَاتِ؛ لأَنَّهُم كُلَّهُمْ شُرَكاءُ.

وَقَولُ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ كَقَولِ المُغِيرَةِ.

وَقَولُ الكُوفِيِّينَ كَقَولِ أَشْهَب، مِثَالُ ذَلِكَ: رَجُلٌ تُوفِّيَ عَلى ابْنَتَيْنِ، وَأُخْتَيْنِ وَرِثْنَ عَنهُ أَرْضًا، أَو دَارًا فباعت بَعْضُهُنَّ حصَّتها مِنْها.

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: تَدْخُلُ البَنَاتُ عَلى الأَخَوَاتِ، وَلا تَدْخُلُ الأَخَواتُ عَلى البَنَاتِ؛ لأَنَّهُنَّ هَا هُنَا عَصَبَةُ البَنَاتِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: لا تَدْخُلُ الابْنَةُ عَلى الأُخْتِ. كَمَا لا تَدْخُلُ الأُخْتُ عَلَيها.

وَذَكَرَ المزنيُّ، عَنِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ قَولَيْنِ.

قَالَ: وَلَو وَرِثَهُ رَجُلانِ، فَمَاتَ أَحَدُهما [وَلَهُ ابْنَانِ، فَبَاعَ أَحدُهما نَصِيبَهُ]، وَأَرَادَ أَخْذَ الشُّفْعَةِ دُونَ عَمِّهِ؛ فَكِلاهما فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ؛ لأَنَّهما فِيهِ شَرِيكَانِ.

قَالَ المزنيُّ: هَذَا أَصَحُّ مِنْ قَولِهِ الآخَرِ: إِنَّ أَخَاهُ أَحَقُّ بِنَصِيبِهِ.

قَالَ: وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَولُهُ فِي المَعْنَيَيْنِ لِنِصْفَيْنِ مِنْ عَبْدٍ لأَحَدِهُما أَكْثَرُ مِنَ الآخَرِ فِي أَنَّ عَلَيْهما قِيمَةَ البَاقِي عَلى السَّوَاءِ إِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ.

قال أبو عمر: لَيْسَ هَذَا القِيَاسُ يَصِحُّ فِي مَسْأَلَتِهِ هَذِهِ؛ لأَنَّ الشُّرَكَاءَ [فِي سَهْمٍ]

قَدْ حصلُوا شُركَاءَ فِي الشِّقْصِ، وَشُركَاءَ فِي [السَّهْم]، فَكَانُوا أَولى مِمَّنْ هُوَ شَرِيكٌ فِي الشِّقْصِ خَاصَّةً؛ [لأَنَّهُم كَانُوا] أدْلوا بِسَبَبَيْنِ وَكَانُوا أَولى مِمَّنْ [هُو] أولى بِسَبَبٍ وَاحِدٍ، وَلَيْسَ الشَّرِيكانِ يَكُونُ نَصِيبُ أَحدِهما مِنَ العَبْدِ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِ صَاحِبِهِ فِي مَسْأَلَةِ الشُّفْعَةِ فِي شَيْءٍ.

وَالحُجَّةِ عِنْدِي لِمَا اخْتَارَهُ المزنيُّ مِنْ قَولِ الشَّافِعِيِّ: إِنَّ الشُّفْعَةَ أَوْجَبَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَ الشُّرَكاءِ، وَلَمْ يَخُصَّ شَرِيكًا مِنْ شَرِيكٍ، فَكُلُّ شَرِيكٍ فِي الشِّقْصِ يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَة بِعُمُوم السُّنَّةِ، وَظَاهِرِ المَعْنى ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ مَالِكٌ(١): الشُّفْعَةُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ، يأْخُذُ كُلُّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ نَصيبِهِ، إِنْ كَانَ قَلِيلاً فَقَلِيلاً، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا فَبِقَدْرِهِ وَذَلِكَ إِنْ تَشَاحُّوا فِيهَا.

قال أبو عمر: قَدِ اخْتَلَفَ السَّلَفُ، والخَلَفُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ على قَولَينِ:

(أحدَهما): إِنَّ الشُّفْعَةَ بِالحِصَصِ، مِثَالُ ذَلِكَ: دَارٌ بَيْنَ ثَلاثَةِ رِجَالٍ؛ لأَحَدِهِم نِصْفُها، وَلِلآخِرِ ثُلُثُهَا، وللآخِرِ سُدسُها، فَبَاعَ صَاحِبُ النِّصْفِ نِصْفَهُ وَوَجَبَ لِشَرِيكه الشُّفْعَةُ، فَيَأْخُذُ صَاحِبُ الثُّلثِ الثُّلثَيْنِ، وَصَاحِبُ السُّدسِ الثُّلثَ.

وَهَذَا قَولُ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ، وَجَمَاعَةٍ مِنَ السَّلَفِ مِنهُم: شُرَيحٌ [القَاضِي] وَعَطَاءٌ، وَابْنُ سِيرِينَ، ثَلاثَةِ أَئِمَّةٍ مِنْ ثَلاثَةِ أَمْصَارٍ، وَهُوَ قَولُ جُمهورِ أَهْلِ المَدِينَةِ.

(القَولُ الثَّانِي): أَنَّ الشُّفْعَةَ عَلى الرُّؤُوسِ، وَأَنَّ صَاحِبَ النِّصْفِ الصَّغِيرِ، وَالكَبِيرِ فِيها سَوَاءٌ، وَبِهِ قَالَ الكُوفِيُّونَ.

وَهُوَ قَولُ الشعبيِّ، وَإِبْرَاهِيمَ، والحَكَمِ.

وَسَيأْتِي اخْتِلافُهُم فِي أُجْرَةِ القَسَّامِ، هَلْ هِيَ عَلى الرُّؤُوسِ أَوْ عَلى السِّهامِ فِي مَوْضِعِهِ مِنَ الأَقْضِيَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

قَالَ مَالِكٌ(٢): فَأَمَّا أَنْ يَشْتَرِي رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ مِنْ شُرَكَائِهِ حَقَّهُ، فَيَقُولُ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ: أَنَا آخُذُ مِنَ الشُّفْعَةِ بِقَدْرِ حِصَّتِي، وَيَقُولُ المُشْتَرِي: إِنْ شِئْتَ أَنْ تَأْخُذَ الشُّفْعَةَ كُلَّهَا أَسْلَمْتُهَا إِلَيْكَ، وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَدَعَ فَدَعْ، فَإِنَّ المُشْتَرِي إِذَا خَيَّرَهُ فِي هَذَا وَأَسْلَمَهُ إِلَيْهِ، فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ إِلا أَنْ يَأْخُذَ الشَّفْعَةَ كُلَّها، أَوْ يُسْلِمَهَا إِلَيْهِ، فَإِنْ أَخَذَها فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا، وَإِلا فَلا شَيْءَ لَهُ.

قال أبو عمر: عَلى نَحو هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ أَيضًا، ذَكَرَهُ المزنيُّ عَنْهُ، قَالَ: فَإِنْ

---

(١) الموطأ، ص٧١٥.

(٢) الموطأ، ص٧١٥.

حَضَرَ أَحَدُ الشُّفَعَاءِ أَخَذَ الكُلَّ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، فَإِنْ حَضَرَ الثَّانِي أَخَذَ مِنْهُ النِّصْفَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، فَإِنْ حَضَرَ الثَّالِثُ أَخَذَ مِنْهُ الثُّلث بِثَمَنِ الثُّلثِ، حَتَّى يَكُونُوا سَواءً، فَإِنْ كَانُوا اثْنَيْنِ اقْتَسَمَا كَانَ لِلثَّالِثِ نقصُ قسْمَتِها، وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْضُهُم لَمْ يَكُنْ لِبَعْضٍ إلا أَخْذُ الكلِّ، أو التَّرْكُ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ لَو أَصَابَها هدمٌ مِنَ السَّمَاءِ. إمَّا أَخذَ الكُلَّ بالثَّمَنِ كُلِّهِ، وإمَّا تَرَكَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسُف، وَمُحَمَّدُ: لَو اشْتَرَى رَجُلٌ دَارًا مِن رَجُلَيْنِ، فَقَبَضَها، أو لَمْ يَقْبِضْها صَفقَةً وَاحِدَةً، وَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَأخُذَ مَا بَاعَ أَحَدُهُما دُونَ مَا بَاعَ الآخَرُ، فَلَيْسَ ذَلِكَ [للآخرِ]، وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَها كُلَّها [أَو يَدعَهَا كُلَّها]، وَإِنْ كَانَ الَّذِي ابْتَاعَ الدَّارَ رَجُلَيْنِ كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ مَا بَاعَ، وَيَدَعَ مَا ابْتَاعَ الآخَرُ.

قالُوا: وَمَنِ اشْتَرَى دَارَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً [مَنْ رَجُلَيْنِ]. وَلَهُما شَفِيعٌ وَاحِدٌ، فَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ إِحْدَاهُما دُونَ الأُخْرى، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي هَذِهِ المَسَائِلِ أَيضًا:

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ فِي ثَلاثَةِ شُرَكَاء فِي أَرْضٍ، أَو دَارٍ بَاعَ الاثْنَانِ مِنْهُما نَصِيبَهُما صَفْقَةً وَاحِدَةً مِنْ رَجُلَيْنِ: أَنَّهُ لَيْسَ لِلثَّالِثِ الشَّفِيعِ إلا [أَنْ] يَأْخُذَ الجَمِيعَ أَو يَدَعَ.

[وَقَالَ أَشْهَبُ: يَأْخُذُ مِنْ أَيِّهِما شَاءَ.

وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: إِذَا وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ لِرَجُلَيْنِ، فَسلَّمَ أَحَدُهما فَلَيْسَ للآخَرِ إلا أَنْ يَأْخُذَ الجَمِيعَ، أَو يَدَعَ].

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ أَصْحَابِهِ. وَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ، عَنْ أَصبغ أَنَّهُ قَالَ: إِنْ كَانَ تَرْكهُ، وَتَسْلِيمهُ رِفقًا بِالْمُشْتَرِي، وَتَجافيًا [لَهُ] كأَنَّهُ وَهَبَهُ شُفْعَتَهُ، فلا يَأْخُذُ الآخَرُ حِصَّتَهُ فَلَو كَانَ المُشْتَرِي رَجُلَيْنِ، فَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّةُ أَحَدِهما.

[فابْنُ القَاسِمِ قَالَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ إلا حِصَّتَهُما جَمِيعًا، أَو يَتْرُكَهما جَمِيعًا إِذَا طُلبت صَفْقَة وَاحِدَةً.

وَقَالَ أَشْهَبُ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ أَحَدِهما]، وَيَدَعَ الآخَرَ.

وَقَالَ المزنيُّ فِيمَا أَجَازَ فِيهِ مِنَ المَسَائِلِ علَى مَعنى قَولِ الشَّافِعِيِّ: ولَو أَنَّ رَجُلَيْنِ بَاعَا مِنْ رَجُلٍ شقْصًا، فَقَالَ الشَّفِيعُ: أَنَا آخُذُ مَا بَاعَ فُلانٌ وَأَدَعُ حِصَّةَ فُلان، فَذَلِكَ جَائِزٌ فِي قِيَاسِ قَولِهِ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ لَو اشْتَرَى رَجُلانِ مِنْ رَجُلٍ شقْصًا، كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّتَهُ أَيِّهما شَاءَ.

قَالَ المزنيُّ: وَلَو اشْتَرَى شَقْصًا، وَهُوَ شَفِيعٌ، فَجَاءَ شَفِيعٌ آخَرُ، فَقَالَ لَهُ المُشْتَرِي: خُذْها كُلَّها بِالثَّمَنِ، أَوْ دَعْ، فَقَالَ هُوَ: بَلْ آخُذُ نِصْفَها، فَإِنَّ ذَلِكَ لَهُ؛ لأَنَّهُ مِثْلُهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يلزمَ شُفْعَةَ غَيرِه.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الأَرْضَ فَيَعْمُرُهَا بِالأَصْلِ يضعُهُ فِيهَا، أَو الْبِئْر يَحْفِرُهَا، ثُمَّ يَأْتِي رَجُلٌ فَيُدْرِكُ فِيهَا حَقًّا، فَيُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ: إِنَّهُ لا شفعَةَ لَهُ فِيهَا، إلا أَنْ يُعْطِيهِ قِيمَةَ مَا عمرَ، فَإِنْ أَعْطَاهُ قِيمَةَ مَا عَمرَ، كَانَ أَحَقَّ بِالشُّفْعَةِ، وَإلا فَلا حَقَّ لَهُ فِيهَا.

قال أبو عمر: القِيمَةُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ فِي البُنْيَانِ قَائِمًا؛ لأَنَّهُ بَنى فِي مِلْكِهِ، وَحقِّهِ؛ لأنَّ المُشْتَرِي يَمْلكُ ما اشْتَرَى، وَإِنْ كَانَ فِيهِ شُفْعَةٌ أَخْبَرَهُ فَإِنَّ الأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِلازِمٍ لِلشَّفِيعِ، وَهُوَ بِالخَيَارِ ـ إِنْ شَاءَ شَفَعَ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَشْفَعْ، فَكَأَنَّهُ إِذَا شَفعَ بيع حادثٌ وَعُهْدَتُهُ على المُشْتَرِي.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَمَذْهبُهُ أَنَّ البَانِي مُتعَدٍّ بِبُنْيَانِهِ فِيمَا فِيهِ لِلشفِيعِ الشُّفْعَةُ، فَلَيْسَ لَهُ إِلا قِيمَةُ بُنْيَانِهِ مَعْلُومًا ـ إِنْ شَاءَ الشَّفِيعُ، أَوْ يَأْخُذُهُ بِنِصْفِهِ.

وَكَذَلِكَ لَو قَسم بِغَيرِ حُكْم حَاكِم، وبَنى فِي نَصِيبِهِ، فَهُوَ مُتَعَدٍّ، فَإِنْ قَضَى الحَاكِمُ بِالقِسْمَةِ، وَحَكَمَ بِها لِمَا ثَبَتَ مَا يُوجِبُ ذَلِكَ، وَأَقَامَ لِلْغَائِبِ وَكِيلاً فِي القِسْمَةِ، فَقَسَم، وقَبضَ المُشْتَرِي حصَّتهُ، وبَنَى فِيها، فَهُوَ ـ حِينَئِذٍ ـ غَيْرُ مُتَعَدٍّ.

فَإِنَّ اسْتَحَقَّ الشَّفِيعُ الحِصَّةَ مشَاعَةً، لَمْ يمْنَعْهُ قَضَاءُ القَاضِي [شُفْعَتَهُ]؛ لأَنَّ الغَائِبَ عَلى شُفْعَتِهِ أَبدًا إلا أَنْ يعلمَ، فيتركَ، فَإِنْ عَلمَ، فَلا شُفعَةَ لَهُ إِنْ تَركَ الطَّلَبَ بَعْدَ العِلْم [قَادِرًا على الطَّلب]، وَإِنْ لَمْ يَعْلَم شفعَ إِذَا قدمَ [إِنْ شَاءَ]، وَأَعْطَى المُشْتَرِي [قيمة] الشِّقْصَ، وَقِيمَةَ البُنْيَانِ تَامًّا؛ لأَنَّهُ بَنى فِي غَيرِ اعْتِدَاءٍ.

وَأَمَّا الكُوفِيُّونَ، فَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ عَنْهُم، قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا [وَقَبَضَها] فَبَنَى فِيها بِنَاءً، ثُمَّ حَضَرَ شَفِيعُها، فَطَلَبَ أَخْذَها بِالشُّفْعَةِ، فقضى لَهُ بِذَلِكَ فِيها، فَإِنَّهُ يقَالِ لِلْمُشْتَرِي انْقض بِنَاءَكَ؛ لأَنَّكَ بَنَيْتَهُ، فَمَا كَانَ الشَّفِيعُ أولى [بِها] مِنْكَ، إلا أَنْ يَشَاءَ الشَّفِيعُ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْ ذَلِكَ، وَيُعْطِيهُ قِيمَةَ بُنْيَانِهِ [مَنْقُوضًا]، فَيَكُونُ ذَلِكَ لَهُ.

فَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ.

قَالَ: وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ.

---

(١) الموطأ، ص٧١٦.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: إِنْ شَاءَ الشَّفِيعُ أَخَذَها بِالثَّمَنِ [الَّذِي بَاعَها بِهِ] وَبِقِيمَةِ البِنَاءِ قَائِمًا، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لَيس لَهُ غَيرُ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ(١): مَنْ بَاعَ حِصَّتَهُ مِنْ أَرْضٍ أَو دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَلَمَّا عَلِمَ أَنَّ صَاحِبَ الشُّفْعَةِ يَأْخُذُ بَالشُّفْعَةِ، اسْتَقَالَ الْمُشْتَرِيَ، فَأَقَالَهُ. قَالَ: لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ، وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ بِهَا بِالثَّمَنِ الَّذِي كَانَ بَاعَهَا بِهِ.

قال أبو عمر: وَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِالبَيْعِ لِمَنْ أَرَادَها، وَطَلَبَها.

وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَيسَ لِلمُشْتَرِي أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ ذَلِكَ، [وَلا] البَائِعُ، فَالإِقَالَةُ لا نقطَعُها عَمَّنْ جَعَلَها بَيْعًا مُسْتَأْنَفًا، وَعَمَّنْ يَجْعَلُها فَسْخَ بَيْعٍ؛ لأَنَّ فِي فَسْخِهِ البَيْعَ فَسْخًا لِلشُّفْعَةِ.

وَالشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ [بِالسُّنَّةِ].

وَقِيَاسُ قَولِ الشَّافِعِيِّ، وَالكُوفِيِّينَ وُجُوبُ الشُّفْعَةِ، لا تنقضُها الإِقَالَةُ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ [قَولُ] ابْنِ القَاسِمِ، وَأَشْهَبَ فِي عُهْدَةِ الشَّفِيعِ فِي الإِقَالَةِ:

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: عُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلى الْمُشْتَرِي.

وَقَالَ أَشْهَبُ: الشَّفِيعُ مُخَيَّرٌ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الشُّفْعَةَ بِعَهْدِهِ البَيْعِ الأَوَّلِ، وَإِنْ شَاءِ بِعُهْدَةِ الإِقَالَةِ.

قَالَ مَالِكٌ(٢): مَنِ اشْتَرَى شِقْصًا فِي دَارٍ أَو أَرْضٍ، وَحَيَوانًا وَعُرُوضًا فِي صِفْقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَطَلَبَ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ فِي الدَّارِ أَو الأَرْضِ فَقَالَ الْمُشْتَرِي: خُذْ مَا اشْتَرَيْتُ جَمِيعًا. فَإِنِّي إِنَّما اشْتَرَيْتُهُ جَمِيعًا.

قَالَ مَالِكٌ(٣): بَلْ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ فِي الدَّارِ أَو الأَرْضِ، بِحِصَّتِهَا مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنِ، يُقَامُ كُلُّ شَيْءٍ اشْتَرَاهُ مِنْ ذَلِكَ عَلى حِدَتِهِ، عَلى الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ، ثُمَّ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ بِالَّذِي يُصِيبُهَا مِنَ الْقِيمَةِ مِن رَأْسِ الثَّمَنِ، وَلا يَأْخُذُ مِنَ الْحَيَوانِ وَالْعُرُوضِ شَيْئًا، إِلا أَنْ يَشَاءَ ذَلِكَ.

قال أبو عمر: عَلى مَا قَالَهُ مَالِكٌ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَكْثَرُ الفُقَهاءِ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَو كَانَ مَعَ الشِّقْصِ الَّذِي فِيهِ الشُّفْعَةُ عرض فِي صفْقَةٍ وَاحِدَةٍ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّهُ يَشْفَعُ فِي الشِّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ.

وَهُوَ قَولُ الكُوفِيِّينَ.

---

(١) الموطأ، ص٧١٦. (٢) انظر الحاشية السابقة. (٣) الموطأ، ص٧١٦.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: سَأَلْتُ مَعمراً عَنْ رَجُلَيْنِ بَيْنَهُما خَرْبَةٌ، لَمْ تقسمْ فَبَاعَ أَحَدُهما نَصِيبَهُ مِنْها مَعَ خَرْبَةٍ لَهُ أُخرى بِثَمَنٍ وَاحِدٍ، فَجَاءَ الشَّفِيعُ، فَقَالَ: أَنا آخُذُ نَصِيبَهُ مِنَ الخَرْبَةِ الَّتِي بَيْنِي وَبَيْنَهُ.

فَقَالَ: [قَالَ] عُثْمَانُ البتيُّ: يَأْخذُ البيْعُ جَمِيعاً، [يَتْرُكُهُ جمِيعاً].

وَقَالَ ابْنُ شبرمةَ، وَغيرُهُ مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ: يَأْخُذُ نِصْفَ الخربَةِ الَّتي بَيْنَهُ وَبَيْنَ صَاحِبِهِ بِالقِيمَةِ، وَيَتْرُكُ الأُخرى إِنْ شَاءَ.

قَالَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ: وَسَمِعْتُ الثَّوريَّ وسفيان يَقُولانِ مِثْلَ قَولِ ابْنِ شبرمةَ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: وَمَنْ بَاعَ شِقْصاً من أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَسَلَّمَ بَعْضُ مَنْ لَهُ فِيهَا الشُّفْعَةُ لِلْبَائِعِ، وَأَبَى بَعْضهُمْ إلا أَنْ يَأْخُذَ بِشُفْعَتِهِ: إِنْ مَنْ أبى أَنْ يُسَلِّمَ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ كُلِّهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ حَقِّهِ وَيَتْرُكَ مَا بَقِيَ.

قَالَ مَالِكٌ: فِي نَفَرٍ شُرَكَاء فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ، فَبَاعَ أَحَدُهُمْ حِصَّتَهُ، وَشُرَكَاؤُهُ غُيَّبٌ كُلُّهُمْ إلا رَجُلاً، فَعُرِضَ عَلَى الْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكَ، فَقَالَ أَنَا آخُذُ بِحِصَّتِي وَأَتْرُكُ حِصَصَ شُرَكَائي حَتَّى يَقْدَمُوا. فَإِنْ أَخَذُوا فَذَلِكَ، وَإِنْ تَرَكُوا أَخَذْتُ جَمِيعَ الشُّفْعَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ لَهُ إلا أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ كُلَّهُ أَوْ يَتْرُكَ، فَإِنْ جَاءَ شُرَكَاؤُهُ، أَخَذُوا مِنْهُ أَوْ تَرَكُوا إِنْ شَاؤوا، فَإِذَا عُرِضَ هَذَا عَلَيْهِ فَلَمْ يَقْبَلْهُ، فَلا أَرَى لَهُ شُفْعَةً.

قال أبو عمر: قَدْ مَضى هَذَا المَعْنى، وَمَا فيهِ لِسَائِرِ العُلَمَاءِ، وَإِنَّما هُمْ فِي هَاتَيْنِ المَسْأَلَتَيْنِ على قَولَيْنِ:

أحدهما: مَا ذَكَرَ مَالِكٌ ـ رَحمهُ اللَّهُ.

والآخر: أَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِحِصَّتِهِ، وَيَدَعَ حِصَّهَ شُرَكَائِهِ، فَإِنْ جَاءُوا كَانُوا عَلى شُفْعَتِهِم إِنْ شَاؤوا، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ، فَلا وَجْهَ لإِعَادَتِهِ.

٢ ـ باب ما لا تقع فيه الشفعة

١٣٨٣ ـ مَالِكٌ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُمَارَة، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ؛ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَالَ: إِذَا وَقَعَتِ الْحُدودُ فِي الأَرْضِ فَلا شُفْعَة فِيها، وَلا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ وَلا فِي فَحْلِ النَّخْلِ.

---

(١) انظر الحاشية السابقة.

١٣٨٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤، من كتاب الشفعة، باب ٢ (ما لا تقع فيه الشفعة) وقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٨/ ٨٠.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلى هَذَا، الأَمْرُ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَلا شُفْعَةَ فِي طَرِيقٍ صَلُحَ الْقَسْمُ فِيهَا أَوْ لَمْ يَصْلُحْ.

[قَالَ مَالِكٌ: وَالأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لا شُفْعَةَ فِي عَرْصَةِ[1] دَارٍ صَلُحَ الْقَسْمُ فِيهَا أَوْ لَمْ يَصْلُحْ].

قال أبو عمر: أَمَّا قَوْلُ عُثْمانَ: إِذَا وَقَعَتِ الحُدودُ فِي الأَرْضِ، فَلا شُفْعَةَ فِيها، فَإِنَّهُ يَنْفِي الشُّفْعَةَ فِي ذَلِكَ لِلْجَارِ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ القَولُ فِي ذَلِكَ عِنْدَ حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يقسمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ فِي الأَرْضِ، فَلا شُفْعَةَ، وَلا وَجْهَ لِتِكْرَارِ مَا تَقَدَّمَ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: وَلا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ، وَلا فِي فحلِ نَخْلٍ، فَذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ عَنْ مَالِكٍ، قَالَ: الحَدِيثُ الَّذِي جَاءَ: لا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ، إِنَّما ذَلِكَ [فِي] بِئْرِ الأَعْرَابِ.

فَأَمَّا بِئْرُ الزرعِ، والنَّخْلِ، فَفِي ذَلِكَ الشُّفْعَةُ إِذَا كَانَ النَّخْلُ لَمْ يقسمْ، فَإِنْ قُسِمَ الحَائِطُ [وَتُرِكَ البِئْرُ، فَلا شُفْعَةَ فِيها.

وَكَذَلِكَ إِذَا قُسِمتْ بُيُوتُ الدَّارِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قُسِمَ الحَائِطُ] وَتُرِكَ [الفحلُ]، وَالفحلانِ لِلإِبَّارِ، وَأكلِ الطَّلعِ، إِنَّهُ لا شُفْعَةَ فِيها.

وَكَذَلِكَ إِذَا قُسِمَتْ بُيُوتُ الدَّارِ، وَتُرِكَتِ العَرْصَةُ للارْتِفَاقِ، فَبَاعَ أَحَدُ الشُّركاءِ نَصِيبَهُ فِيها، فَلا شُفْعَةَ فِي ذَلِكَ.

قال أبو عمر: يُرِيدُ بِقَولِهِ بِئْرَ الأَعْرَابِ: البِئْرُ الَّتِي فِي مَواتِ الأَرْضِ لِسَقْي المَاشِيَةِ.

والمُسقاةُ لَيْسَتْ بِئْراً يُسْقى بِها [شَيْءٌ] مِنَ الأَرْضِ، وَالشَّجرِ.

وذكارُ الشَّجرِ حُكْمُهُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ كَحُكْمِ النَّخْلِ.

وَحُكْمُ العَيْنِ عِنْدَهُم كَحُكْمِ البِئْرِ عِنْدَهُم سَوَاءٌ، إِنْ كَانَ لَها بَيَاضٌ، وَزرعٌ وَنخلٌ، وَبيعَ ذَلِكَ [كُلُّهُ] بَيْعاً فِيهِ شُفْعَةٌ دَخَلَتِ العَيْنُ فِي ذَلِكَ، وَالبِئْرُ، فَإِذَا انْفَرَدَتِ العَيْنُ، أَوِ البِئْرُ بَيْنَ الشُّرَكاءِ، فَلا شُفْعَةَ فِيها [إِذَا بَاعَ أَحَدُهُم نَصِيبَهُ مِنْها.

وَكَذَلِكَ حُكْمُ الطُّرقِ، وَالمَرَافِقِ المَتْرُوكَةِ للارْتِفَاقِ، لا شُفْعَةَ فِيها] إلا أَنْ تَكُونَ بَيْعاً لِمَا فِيهِ شُفْعَةَ مِنَ الأَرْضِ وَتَجمعُها صَفْقَةٌ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَإِنَّهُ قَالَ: لا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ، لا بَيَاضَ لَهَا وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهَا بَيَاضٌ، وَلا تَحْتَملُ القِسْمَةَ.

---

(١) عرصة: أي ساحة.

وَلا شُفْعَةَ عِنْدَهُ إلا فِيمَا تَحْتملُهُ القِسْمَةُ، وَتُضْرَبُ فِيهِ الحُدُودُ.

وَلا شُفْعَةَ عِنْدَهُ فِي طَرِيقٍ وَإِنَّما العَرَصَةُ إِذَا احْتَملَتِ القِسْمَة، وَبِيعَ مِنْها شَيْءٌ، فَفِيهِ الشُّفْعَةُ عِنْدَهُ خِلافُ قَولِ مالِكٍ.

وسَوَاءٌ تُرِكَتْ للارْتِفَاقِ أو لَمْ تُتْرَكْ، وَإِنَّما أَصْلُهُ أَنَّ [كُلَّ] مَا كَانَ مِنَ الأرضِينَ يَحتملُ القِسْمَةَ، وَضَرْبَ الحُدُودِ، وَكَانَ مُشَاعاً، فَفِيهِ الشُّفْعَةُ.

وَأمَّا الكُوفِيُّونَ، فَالقِيَاسُ عَلى أُصُولِهم ألا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ، وَلا فَحلِ نَخْلٍ.

وَأمَّا العرصَةُ فَقِيَاسُهُمْ أَنَّ فِيها الشُّفْعَةُ؛ لأنَّها مِنَ الأرْضِ المُحتَمِلَةِ لِلْقِسْمَةِ.

وَاخْتَلَفَ أصْحاب مَالِكٍ فِي النَّخْلَةِ المُطعمةِ تَكُونُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ، يَبِيعُ أحَدُهما حِصَّتَهُ منْها.

فَذَكَرَ ابْنُ القَاسِمِ، عَنْ مَالِكٍ فِي «المدُوَّنَةِ» أَنَّهُ لا شُفْعَةَ فِيها.

[قال أبو عمر]: قَاسَها عَلى فَحْلِ النَّخْلِ، واللَّهُ أعْلَمُ.

وَقَالَ أشْهَبُ، وَعَبْدُ المَلِكِ بْنُ الماجشُونِ، وَأصبغُ [بْنُ الفرجِ، وَمُحمَّدُ] بْنُ عَبْدِ الحَكَمِ: فِيها الشُّفْعَةُ، ذَكَراً كَانَ أو أُنْثى.

قال أبو عمر: حُجَّتُهم فِي إيجابِ الشُّفْعَةِ أنّ النَّخْلَةَ عِنْدَهُم مِنْ جِنْسٍ مَا فِيهِ الشُّفْعَةُ.

وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي الحَائِطِ المُثمرِ مِن الشَّجَرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَوْضعٌ لِزرَاعَةٍ، [وَكَانَ مُشَاعاً]، أنَّ الشُّفْعَةَ فِيمَا بِيعَ مِنْهُ.

[وَحُكْمُ النَّخْلَةِ الوَاحِدَةِ عِنْدَهم كَحُكْمِ الحَائِطِ كُلِّهِ].

وَاخْتَلَفُوا فِي هَذَا البَابِ فِي أشْياء مِنْها: الرَّحَا:

[فَفِي «المدوَّنَةِ»] قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: الشُّفعَةُ فِي الأرْضِ، وَلا شُفْعَةَ فِي الرَّحَا، كَمَا أنْ بِيعَتْ مُنْفَردةً دون شيءٍ مِنَ الأرضِ لَمْ تَكُنْ فِيهَا شُفْعَةٌ.

وَرَوى أبُو زَيدٍ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ مِثْلَ ذَلِكَ، وَقَالَ: يَقْضِي الثَّمَنَ عَلى الأرْضِ وَالرَّحى، وَذَكَرَ أنَّهُ كَالشِّقْصِ يُبَاعُ مَعَ عَبْدٍ.

وَقَال أشْهَبُ: لِلشَّرِيكِ الشُّفْعَةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، وَقَالَ: ألا تَرى أنَّ الشُّفْعَةَ تَكُونُ [فِي رَقِيقِ الحَائِطِ، فَكَيْفَ بِالرَّحى مَعَ الأرْضِ؟

وَبِقَوْلِ أشْهَبُ قَالَ سَحْنونُ.

وَاخْتَلَفُوا مِنْ ذَلِكَ] فِي الأندر إِذَا بَاعَ أحَدُ الشُّركاءِ نَصِيبَهُ مِنْهُ:

فَذَكَرَ العتبيُّ عَنْ، عَبْدِ المَلكِ بْنِ الحَسَنِ، عَنْ أَشْهَبَ، وابْنِ وَهْبٍ أَنَّ فِيهِ الشُّفْعَةَ، وَهُوَ كَغَيرِهِ مِنَ الأرضِينَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: لا شُفْعَةَ فِي الأندرِ، وَكَذَلِكَ الأقبيةُ، لا شُفْعَةَ فِيها إذَا بِيعَتْ، قَالَ: والأندرُ عِنْدِي مِثْلُ الأقبيةِ.

وَاخْتَلَفُوا مِنْ ذَلِكَ أيضاً فِي الحمَّامِ:

فَقَالَ مَالِكٌ: فِيهِ الشُّفْعَةُ.

وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: لا شُفْعَةَ فِيهِ.

وَقَالَ إِسْماعِيلُ بْنُ إِسْحاقَ: رَوى ابْنُ القَاسِمِ، وَابْنُ أَبِي أُويْسٍ، [عَنْ مَالِكٍ؛ أَنَّ فِيهِ الشُّفْعَةَ.

قَالَ: وَذَكَرَ أَحْمَدُ بْنُ المعذّل عَنْ عَبْدِ المَلكِ، عَنْ مَالِكٍ] أَنَّهُ لا شُفْعَةَ فِيهِ.

قَالَ عَبْدُ المَلكِ: وَأَنَا أرى فِيهِ الشُّفْعَةَ.

قَالَ إِسْمَاعِيلُ: وَرَوى ابْنُ القَاسِمِ أَنَّ الحمامَ يقسمُ.

قال أبو عمر: كَانَ أَحْمَدُ بْنُ خَالِدٍ، وَمُحمَّدُ بْنُ عمرو بن لبانةَ يفْتِيَانِ فِي الشُّفْعَةِ لِلحمامِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي الثَّمَرةِ تُبَاعُ مُنْفَرِدَةً دُونَ الأصْلِ.

فَقَالَ مَالِكٌ، وَابْنُ القَاسِمِ، وَأَشْهَبُ: فِيها الشُّفْعَةُ؛ لأنَّها تقسمُ بِالحدُودِ.

قال أبو عمر: عَلى مَا ذَكَرْنَا مِنْ مَذَاهِبِهم فِي قسْمَةِ الثِّمارِ فِي رُؤُوسِ الأشْجَارِ.

وَرَوى أَبُو جَعفرٍ الدمياطيُّ، وَعَبْدُ الملكِ أَنَّهُما كَانَا لا يَرَيَانِ فيها الشّفْعَةَ.

وَاخْتَلَفُوا أيضاً فِي الشّفْعَةِ فِي الكِرَاءِ، أو الدُّورِ، والرِّباعِ، وَالأرضِينَ، [وَفِي المُسَاقَاة]، وَفِي الدَّيْنِ هلْ يَكُونُ المدْيَانُ أَحَقُّ بِها؟

وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ كُلَّهُ فِي كِتَابِ اخْتِلافِهِمْ.

وَحَدِيثُ ابْنِ شِهَابٍ يَنْفِي الشُّفْعَةَ، وَيسْقِطُها إلا فِي المُشَاعِ مِنَ الأرضِينَ، وَالرِّبَاعِ حَيْثُ يُمْكِنُ ضَربُ الحُدُودِ، وَتَصْرِيفُ الطُّرُقِ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصاً[2] مِنْ أرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، عَلى أَنَّهُ فِيهَا

---

(١) الموطأ، ص٧١٧.

(٢) شقصاً: أي قطعة.

بِالخَيارِ، فَأرادَ شُرَكاءُ البَائعِ أنْ يأخُذُوا مَا بَاعَ شَريكُهُمْ بِالشُّفْعَةِ، قَبْلَ أنْ يَخْتَارَ الْمُشْتَرِي: إنَّ ذَلِكَ لا يَكُونُ لَهُمْ حَتَّى يَأْخُذَ الْمُشْتَرِي وَيَثْبُتَ لَهُ الْبَيْعُ، فَإذَا وَجَبَ لَهُ الْبَيْعُ، فَلَهُمُ الشُّفْعَةُ.

قال أبو عمر: لا فَرْقَ عِنْدَ مَالِكٍ فِي هَذِهِ المَسْألَةِ، كَانَ البَائعُ بِالخَيارِ، أو كَانَ المُشْتَرِي.

وَلا أعْلَمُ خِلافاً بَيْنَ الفُقَهاءِ أنَّهُ إذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائعِ أنَّ الشُّفْعَةَ لا تَجِبُ لِلشَّفِيعِ حَتَّى تَنْقَضِي أيَّامُ الخِيَارِ، وَيَصِيرُ الشِّقْصُ إلى المُشْتَرِي، فَحِينَئذٍ يشفعُ الشَّفِيعُ إنْ أرَادَ، لا قَبْلَ ذَلِكَ.

وَاخْتَلَفُوا فِيمَا إذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي خَاصَّةً:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ: وَمَنِ اشْتَرى شِقْصاً على أنَّها جَمِيعاً بِالخِيَارِ، أو البَائعِ بِالخِيَارِ، فَلا شُفْعَةَ حَتَّى يسلمَ البَائعُ.

وَإنْ كَانَ الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي دُونَ البَائعِ، فَقَدْ خَرَجَ الشِّقْصُ المَبِيعُ مِنْ مِلْكِ البَائعِ، فَفِيهِ الشُّفْعَةُ.

وَعلى هَذَا أيضاً مَذْهَبُ الكُوفِيِّينَ.

ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ عَنْهُم، قَالَ: مَنْ بَاعَ دَاراً مِنْ رَجُلٍ عَلى أنَّهُ بِالخِيَارِ فِي بَيْعِها أيَّاماً ثَلاثَةً، لَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ أخْذُها بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يَنْقَطِعَ الخِيَارُ، فَيَجُوزُ البَيْعُ فِيها وَإنْ لَمْ يَكُنِ البَائعُ بِالخِيَارِ فِيهَا ثَلاثَةَ أيَّام كَانَ لِلشَّفِيعِ أخْذُها بِالشُّفْعَةِ، وَكَانَ أخْذُهُ إيَّاهَا قَطعاً بِخِيَارِ المُشْتَرِي وَأمْضى البَيْعَ فِيهاً.

وَاخْتَلَفَ أصْحَابُ مَالِكٍ فِي الشَّرِيكِ يَبِيعُ نَصِيبَهُ مِنْ دَارٍ لَهُ فِيها شُركاءُ بِالخِيَارِ، ثُمَّ يَبِيعُ بَعْضُ أشْرَاكِهِ نَصِيبَهُ بَيْعاً بَتْلاً.

فَفِي «المُدَوَّنَةِ»: إنْ قَبِلَ المُشْتَرِي، فَالسِّلْعَةُ لِلبَائعِ بِالخِيَارِ.

وَقَالَ سَحْنُونُ: الشُّفْعَةُ فِي المَبِيعِ بِالخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي بَعْدَ ذَلِكَ بثلاث.

وَقَالَ أبُو إسْحَاقَ البرقيُّ، وَعَبدُ اللَّهِ بْنُ الحَكَم: حُكْمُ الشُّفْعَةِ فِي الشِّقْصِ المَبيعِ بَتلاً لِلْبَائعِ بِالخِيَارِ؛ لأنَّ الشِّقْصَ كَانَ لَهُ، وَمِنْهُ ضَمَانُهُ، فَإنْ سلمَ، فَلِلْمُشْتَرِي، وَلا تُبَالِي لِمَنْ كَانَ الخِيَارِ مِنْهُما.

وَبِهذَا القَولِ يَقُولُ ابْنُ المَاجِشُونِ، وَأشْهَبُ.

وَقَالَ مَالِكٌ[1]: فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي أرْضاً فَتَمْكُثُ فِي يَدَيْهِ حِيناً ثُمَّ يَأْتِي رَجُلٌ

---

(١) الموطأ، ص٧١٧، ٧١٨.

فَيُدْرِكُ فِيهَا حَقاً بِميراثٍ: إنَّ لَهُ الشُّفْعَةَ إنْ ثُبتَ حَقُّهُ، وَإنَّ مَا أغلَّتِ الأرْضُ مِنْ غَلَّةٍ فَهِي لِلْمُشْتَرِي الأوَّلِ، إلى يَوْمِ يَثْبُتُ حَقُّ الآخرِ، لأنَّهُ قَدْ كَانَ ضَمِنَهَا لَوْ هَلَكَ مَا كَانَ فِيهَا مِنْ غِرَاسٍ، أوْ ذَهَبَ بِهِ سَيْلٌ.

قَالَ: فَإنْ طالَ الزمانُ، أو هَلَكَ الشُّهُودُ، أو مَاتَ الْبَائِعُ أو الْمُشْتَرِي، أو هُمَا حَيَّانِ، فَنسِيَ أصْلُ الْبَيْعِ وَالاشْتِرَاءِ لِطُولِ الزَّمَانِ، فَإنَّ الشُّفْعَةَ تَنْقَطِعُ، وَيَأْخُذُ حَقَّهُ الَّذِي ثَبَتَ لَهُ، وَإنْ كَانَ أمْرُهُ عَلَى غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ فِي حَدَاثَةِ الْعَهْدِ وَقُرْبِهِ، وَأنَّهُ يَرَى أنَّ الْبَائِعَ غَيَّبَ الثَّمَنَ وَأخفَاهُ لِيَقْطَعَ بذَلِكَ، حقَّ صَاحِبِ الشُّفْعَةِ، قُوِّمَتِ الأرضُ عَلَى قَدْرِ مَا يُرى أنَّهُ ثَمنُهَا، فَيَصِيرُ ثَمنُهَا إلى ذَلِكَ، ثُمَّ يُنْظَرُ إلى مَا زَادَ فِي الأرْضِ مِنْ بِنَاءٍ أوْ غرَاسٍ أوْ عِمَارَةٍ فَيَكُونُ عَلى مَا يَكُونُ عَلَيْهِ مَن ابْتَاعَ الأرْضَ بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ، ثُمَّ بَنَى فِيهَا وَغَرَسَ، ثُمَّ أخَذَهَا صَاحِبُ الشُّفْعَة بَعْدَ ذَلِكَ.

قال أبو عمر: أمَّا قَولُهُ فِي المُسْتحقِ بِميراثٍ نَصِيباً فِي أرْضٍ أنَّ لَهُ الشُّفْعَةَ، فَإنَّ الخِلافَ فِي ذَلِكَ قَدِيمٌ.

فَمَنْ أوْجَبَ الشُّفْعَةَ لَهُ زَعَمَ أنَّهُ كَانَ حَقّاً لَهُ مَا أظْهَرَهُ [شُهُودُهُ]، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ شَرِيكٍ ظَاهِرِ المِلْكِ [فِي ذَلِكَ.

وَكَذَلِكَ المُسْتحقُّ] بَاعَ شَرِيكُهُ نَصِيبَهُ فِي أرْضٍ مُشاعَةٍ بَيْنَهُما، فَلا خِلافَ أنَّ لَهُ الشُّفْعَةَ فِي ذَلِكَ.

وَكَذَلِكَ المُستحقُّ؛ لأنَّهُ بَتَقدُّمِ مِلْكِهِ اسْتَحقَّ [مَا اسْتَحَقَّ].

وَمَنْ قَالَ: لا شُفعَةَ لَهُ زَعَمَ أنَّ المستحقَّ إنَّما يَثْبُتُ لَهُ المِلْكُ يَومَ استحقَّ، فَلا شُفْعَةَ لَهُ [فِيمَا] كَانَ [لَهُ] قَبْلَ ذَلِكَ.

ألا تَرى أنَّهُ لا يأخذُ الغلَّةَ مِنَ المُشْتَرِي، وَلا مِنَ البَائِعِ الجَاحَدِ لَهُ.

وَكَذَلِكَ لَو استحقَّ العَبْدُ حُرِّيَّةً عَلى مَوْلاهُ وَالمولى جَاحِدٌ لهَا، فَلَمَّا قَامَتْ لِلْعَبْدِ بَيِّنَةٌ بِالحُرِّيَةِ قُضِي لَهُ بِها، وَلَمْ يلزم المَولى خَراجُهُ، وَقِيمَةُ خِدْمَتِهِ؛ لأنَّهُ جَاحِدٌ لِمَا شَهدَ بِهِ الشُّهُودُ، وَإنَّما تَجِبُ شَهادَتُهم حُكْماً ظَاهِراً مِنْ يَوم شَهِدُوا، وَحَكمَ الحَاكِمُ بِشَهادَتِهِمْ.

وَالقَائِلُونَ بِالقولِ الأوَّلِ يُوجِبُونَ لِلمستحقّ الخَراجَ، أو الغلَّةَ فِيمَا يَستحقُّهُ، وَيَأْتِي القَولُ فِي ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ.

وَأمَّا قولُهُ: فَإنْ طَالَ الزَّمَانُ، أو هَلَكَ الشُّهودُ، أو مَاتَ البَائِعُ، أو المُشْتَرِي إلى آخرِ كَلامِهِ فِي الفَصْلِ، فَإنَّ طُولَ الزَّمَانِ لمنْ كَانَ غَائِباً، وَقَامتْ بيِّنَتُهُ بِما يُوجِبُ لَهُ الشُّفْعَة.

وَقَدْ مَضى القَولُ فِي شَفْعَةِ الغَائِبِ، وَمَا قَالَهُ مَالِكٌ، وَغَيرُهُ فِي ذَلِكَ، وَالخِلافُ فِيهِ كَلا خِلافٍ.

وَأمَّا هَلاكُ الشُهُودِ، فَلا يَخلُو مِنْ أنْ يَكُونُوا شُهوداً عَلى البَيْعِ، فَهَلَكُوا، أو المُشْتَرِي، وَالبَائِعُ يَتَجاحَدَانِ، وَلا بَيِّنَةَ هُنَاكَ، فَلا شُفْعَةَ فِي ذَلِكَ أنْ يَكُونَ الشُهُودُ عَلى مَبلغِ الثَّمَنِ هَلَكُوا، فَالقَولُ قَولُ المُشْتَرِي، وَإِنْ خَالَفَهُ الشَّفِيعُ.

وَقَدْ مَضَتْ هَذِهِ المَسْأَلَة أيضاً بِخِلافِهاَ.

وَكَذَلِكَ مَوتُ البَائِعِ، وَالمُشتَرِي لِمَنْ كَانَ لَهُ القِيَامُ بِالشُّفعَةِ لا يَضُرُّ.

قَالَ مَالِكٌ فِي هَذَا المَوْضعِ مِنَ «المُوَطَّأ»:

وَالشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ فِي مَالِ الْمَيِّتِ كَمَا هِيَ فِي مَالِ الْحَي.

وَقَدْ تَقَدَّمَ القَولُ فِي هَلْ تُورَّثُ الشُّفعَةُ؟ وَذَكَرْنَا الاختِلافَ فِي ذَلِكَ.

وَقَالَ أحْمَدُ بْنُ حَنبلٍ، وَغَيرُهُ: الشُّفْعَةُ لا تُورَّثُ إلا أنْ يَكُونَ المَيِّتُ طَالِباً لها.

قال أبو عمر: الشّفعَةُ تُورَّثُ عِنْدَ كُلِّ مَنْ يُورَّثُ عِنْدَهُ الخِيَارُ [فِي البَيْعِ، وَمَنْ لا يُورَّثُ عِنْدَهُ الخِيَارُ، فَقَدْ تُورَّثُ عَنْدَه] الشّفْعَة.

وَقَدْ مَضى [ذَلِكَ] فِي كِتَابِ البُيُوعِ.

وَأمَّا قَولُهُ فِي المُشْتَرِي، وَالبَائعِ، أو هُما حَيَّانِ، فَلْيبتني أصْل البَيْعِ، والاشْتِرَاءِ؛ لِطُولِ الزَّمَانِ، فَإِنَّ الشُفْعَةَ تَنقَطعُ، وَيَأْخُذُ [يَعْني] المستحقَّ ـ حَقَّهُ الَّذِي ثَبَتَ لَهُ فَقَطْ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أنْ أهْلَ العِلْمِ منُهم مَنْ لا يَرى لِلْمستحقِّ شُفْعَةً، وَمِنْهُم مَنْ رآها عَلى مَا وَصَفْنا، وَهُمْ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ عَلى قَولَيْنِ:

أحدهما: أنَّهُ يشفعُ بِقِيمَةِ الشِّقْصِ، كَمَا لَو جَهلا الثَّمَنَ بِحَداثَةِ الوَقْتِ سَوَاءً.

وَكَانَ مَالِكٌ، وَمَنْ تَابَعَهُ لا يَرَوْنَ الشُّفْعَةَ عِنْدَ جَهْلِ الثَّمَنِ إِذَا طَالَ الزَّمَانُ، وَنُسِيَ البَيْعُ، وَيَرَوْنَها وَاجِبَةً فِي حَدَاثَةِ العَهْدِ.

وَقَولُهُ أو لِمَا يرى أنَّ البَائِعَ غيب [ذِكْرَ] الثَّمن، وَأخْفَاءُ، لِيقْطعَ بِذَلِكَ حَقَّ صَاحِبِ الشُفْعَةِ، فَحِينَئِذٍ يَرَوْنَ الشُفْعَةَ فِي الشِّقْصِ بِقِيمَتِهِ عَلى مَا فِي «المُوَطَّأ».

وَقَالَ بِهِ جَمَاعَةٌ مِنْ أصْحَابِهِ.

وَذَكَرَ ابْنُ عبدوس، عَنِ ابْنِ المَاجشُونِ، قَالَ: إِذَا ماتَ المشتري، وَأتى الشَّفِيعُ يَطْلُبُ مِنْ وَرَثَتهِ الشُفْعَةَ مَعَ طُولِ الزَّمَانِ، وَقَدْ جَهلَ الثَّمَنَ حلفَ الوَرَثَةُ مَا عِنْدَهُم عِلْمٌ، وَلَمْ تَكُنْ شُفْعَةٌ.

قَالَ: وَلَو أنَّ المُشْتَرِي قَالَ: [لا أدْرِي] بِكَم اشْتَرَيْتَ حلفَ، وَشفعَ بِالقِيمَةِ.

قَالَ: فَإِنْ أبى أنْ يَحْلِفَ، فَقَدْ مَضَتْ مِنْ أصْحَابِنَا فِيهِ قَضِيَّةٌ أنَّهُ يَأْخُذُها الشَّفِيعُ ثُمَّ يَقُولُ لِلْمُشْتَرِي: اطْلُبْ حَقَّكَ مِمَّنْ شِئْتَ، أو تَحْلِفُ، فَتَأْخُذُ [مِنْهُ] قِيمَةَ الشِّقْصِ، فَإِنْ قَالَ الشَّفِيعُ: لا أقْبِضَهُ، لَعَلَّ ثَمَنَهُ يَكُونُ كَثيراً، وَلا يَقْدرُ عَلى ثَمَنِهِ، فَلا بُدَّ - حِينَئِذٍ - أنْ يَحلفَ، أو يُسْجنَ.

وَأمَّا قَولُهُ: وَالشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ فِي مَالِ المَيِّتِ، فَهِيَ فِي مَالِ الحيِّ. فَإِنْ خَشِيَ أهْلُ المَيِّتِ أنْ يَنْكَسِرَ مَالُ المَيِّتِ، قَسَمُوهُ ثُمَّ بَاعُوهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ فِيهِ شُفْعَةٌ، [فَقَدْ تَقَدَّمَ القَولُ فِي وراثَةِ الشُّفعَةِ، وَفِي أنَّ كُلَّ مَقْسُومٍ، لا شُفْعَةَ فِيهِ عِنْدَ مَنْ لا يَقُولُ بِالشُّفْعَةِ لِلْجَارِ، أو مِنْ أجْلِ الاشْتِرَاكِ فِي الطَّرِيقِ].

قَالَ مَالِكٌ[1]: وَلا شُفْعَةَ عِنْدَنَا فِي عَبْدٍ وَلا وَلِيدَةٍ، وَلا بَعِيرٍ وَلا بَقَرَةٍ وَلا شَاةٍ، وَلا فِي شَيْءٍ مِنَ الحَيوَانِ، وَلا فِي ثَوْبٍ وَلا فِي بِئْرٍ لَيسَ لَهَا بَيَاضٌ، إنَّما الشُّفْعَةُ فِيمَا يَصْلُحُ أنَّهُ يَنْقَسِمُ وَتَقَعُ فِيهِ الحُدُودُ مِنَ الأرْضِ، فَأَمَّا مَا لا يَصْلُحُ فِيهِ القَسْمُ فَلا شُفْعَةَ فِيهِ.

قال أبو عمر: عَلى هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ، وَالكُوفِّيينَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ كُلُّهُ، [وَالحُجَّةُ لَهُ]، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

وَقَدْ شَذَّتْ طَائِفَةٌ، فَأَوْجَبَتِ الشُّفْعَةَ فِي كُلِّ شَيْءٍ وروت روايات في ذلك عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

مِنها مَا ذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[2]، قَالَ: أخْبَرَنَا إِسْرَائِيلُ، عَنْ عَبْدِ العَزِيزِ بْنِ رفيع، عَنْ ابْنِ أبِي مُلَيْكَةَ، قَالَ: [قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الشَّرِيكُ شفِيعٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ».

أخبرنا أحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: حَدَّثني أبي، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ يُونُسَ، قَالَ: حَدَّثَنِي بقيُّ بْنُ مخلدٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي أبُو بَكْرِ بْنُ أبي شَيْبَةَ، قَالَ: حَدَّثَنِي أبُو بَكْرِ بْنُ عَيَّاشٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي عبد العَزِيزِ بْنُ رفيعٍ، عَنِ ابْنِ أبِي مُلَيْكَةَ، قَالَ] قَضَى: [رَسُولُ اللَّهِ ﷺ] بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ فِي الأرْضِ، وَالدَّارِ، والدَّابَّةِ، وَالجَارِيَةِ.

فَقَالَ عَطَاءٌ: إنَّما الشُّفْعَةُ فِي الأرْضِ، وَالدَّارِ.

وَقَالَ ابْنُ أبِي مُلَيْكَةَ: سَمِعْتَنِي - لا أُمَّ لَكَ - أقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَيَقُولَ هَذَا.

---

(١) الموطأ، ص٧١٨.
(٢) المصنف ٨/ ٨٧.

قال أبو عمر: هَذَا الحَدِيثُ مُرْسَلٌ، وَلَيْسَ لَهُ إِسْنَادٌ غيرُ هَذَا فِيمَا عَلِمْتُ، وَمَنْ قَالَ: بمرَاسيلِ الثِّقَاتِ لَزِمَهُ القولُ بِهِ.

وأمَّا مِنْ جِهَةِ النَّظَرِ، فالمُشْتري مالِكٌ لِمَا اشْتَرَى، فَلا يَخْرُجُ مِلْكُهُ عَنْ يَدِهِ إلا بِكِتَابٍ، أو سُنَّةٍ ثَابِتَةٍ، أو إِجْمَاعٍ، وَلا إِجْمَاعَ فِي هَذَا، بَلِ الأَكْثَرُ عَلى خِلافِهِ فِي هَذَا الحَدِيثِ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[1]، قَالَ: أَخْبَرنا مَعمرٌ، قَالَ: قُلْتُ لأيُوبَ: أتَعْلَمُ أحداً [كَانَ] يَجْعَلُ فِي الحَيوانِ شفْعَةً؟ [قَالَ: لا.

قَالَ مَعمرٌ: وَلا أَعْلَمُ أَحداً جَعلَ فِي الحَيَوانِ شُفْعَةً].

قَالَ: وَأَخْبَرنا ابْنُ سمعان، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ؛ [عن ابن المسيب] قَالَ: لَيْسَ فِي الحَيَوانِ شُفْعَةٌ.

[قَالَ: وَأَخْبَرنَا أَبُو حَنِيفَةَ، عَنْ حَمَّادٍ، قَالَ: لا شُفْعَةَ إلا فِي ذَلِكَ: دَارٍ، أو أرضٍ.

قَالَ: وَأَخْبَرنا إِسْرَائِيلُ، عَنْ عَبْدِ العَزِيزِ بْنِ رفيعٍ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَباحٍ، قَالَ: لا شُفْعَةَ إلا فِي الأَرْضِ.

قَالَ: وَأَخْبَرَنَا مَعمرٌ، عَنِ ابْنِ شبرمَةَ، قَالَ: فِي المَاءِ الشُّفْعَةُ].

قَالَ مَعمرٌ: وَلَمْ يُعْجِبْنِي مَا قَالَ.

قال أبو عمر: قَدْ رَأى قَومٌ مِنَ العُلمَاءِ الشُّفْعَةَ فِي الدَّيْنِ، وَفِي المُكَاتَبِ يُبَاعُ مَا عَلَيهِ، فَقَالُوا: المديَانُ، وَالمُكَاتَبُ أولى بِذَلِكَ إِذَا أَعْطى المُشْتَرِي مَا أرى.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: أَخْبَرنا مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ [قَالَ: لَمْ أرَ القُضَاةَ إلا يَقْضُونَ فِيمَنِ اشْتَرى دَيْناً عَلى رَجُلٍ، فَصَاحِبُ الدَّيْنِ أولى بِهِ.

قَالَ: وَأَخْبَرَنَا مَعمرٌ، عَنْ رَجُلٍ مِنْ قُرَيْشٍ] أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ العَزِيزِ قَضى فِي مُكَاتَبٍ اشْتَرى مَا عَلَيهِ بِعَرَضٍ، فَجَعَلَ المُكَاتَبَ أولى بِنَفْسِهِ، وَقَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنِ ابْتَاعَ دَيْناً عَلى رَجُلٍ، فَصَاحِبُ الدَّيْنِ أولى إِذَا أَدَّى مِثْلَ الَّذِي أَدَّى صَاحِبُهُ.

قَالَ: وَحَدَّثَنِي الأَسْلمِي، قَالَ: أَخْبَرَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى بِالشُّفْعَةِ فِي الدَّيْنِ، وَهُوَ الرَّجُلُ يَبِيعُ دَيْناً لَهُ عَلى رَجُلٍ، فَيَكُونُ صَاحِبُ الدَّيْنِ أَحَقَّ بِهِ.

---

(١) المصنف ٨/ ٨٦.

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: لا شُفْعَةَ فِي الدَّيْنِ، وَلا يَكُونُ المدْيَانُ أَحَقَّ بِهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: هُوَ أَحَقُّ بِهِ بِالضَّرَرِ الدَّاخِلِ عَلَيهِ، ويَأْخُذُهُ بِقِيمَةِ العَرَضِ إِنْ كَانَ الثَّمَنُ عَرضاً، أو بِمِثْلِ العَيْنِ إِنْ كَانَ عَيْناً كَالمَكَاتَبِ، وَإِنَّما ذَلِكَ فِي المُكَاتَبِ؛ لحُرمَةِ العتْقِ، ألا تَرى أَنَّ التَّقْوِيمَ، والاسْتِهامَ يَجِبُ عَلى الشَّرِيكِ إِذَا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ، وَأَنَّ العتقَ بِيَد أعلى سَائِرِ الوَصَايَا.

قَالَ: فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: إِنَّ البَائِعَ مِمَّنْ دَخَلَ مدْخلَهُ كَالشَّرِيكَيْنِ فِي العَبْدِ [بَاعَ شَرِيكٌ، وَدَخَلَ شَرِيكٌ]، قِيلَ لَهُ: إِنَّ العَبْدَ المُشْترك فِيهِ إِنْ رَأى الشَّرِيكُ مَا يَضرُّهُ دَعَا شَرِيكَهُ إِلى البَيْعِ مَعَهُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ [الدَّيْنُ].

قال أبو عمر: قَدْ ذَكَرْنَا أَنّ الأَصْلَ المُجْتَمَعَ عَليهِ أَنَّهُ لا يحلُّ [مَالَ] امْرِىءٍ مُسْلِم إلا عَنْ طِيب نَفْسٍ، وَأَنَّ التِّجَارةَ لا تَجُوزُ إلا عَنْ تَرَاضٍ، فَلا يخصُّ [مِنْها فِي الأَصْلِ] شَيْءٌ إلا بِمِثْلِهِ مِنْ الأَصُولِ الَّتِي يَجِبُ التَّسْلِيمُ لها.

وَحَدِيثُ الشُّفْعَةِ لِلشَّرِيكِ فِي الدُّورِ، وَالأرضِين حَدِيثٌ مُتَّفَقٌ عَلى القَولِ، والعَمَلِ بِهِ، وَسَائِر مَا اخْتلفَ فِيهِ.

وَلَيْسَ فِي الاخْتِلافِ حُجَّةٌ، فَالوَاجِبُ الوقُوفُ عِنْدَ اليَقِينِ، وَلا يَخْرُجُ عَنْهُ إلا بيَقِينٍ مِثْلِهِ، وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: وَمَنِ اشْتَرَى أَرْضاً فِيهَا شُفْعَةٌ لِنَاسٍ حُضُورٍ، فَلْيَرْفَعْهُمْ إِلى السُّلْطَانِ، فَإِمَّا أَنْ يَسْتَحِقُّوا وَإِمَّا أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ السُّلْطَانُ، فَإِنْ تَرَكَهُمْ فَلَمْ يرفَعْ أَمْرَهُمْ إِلى السُّلْطَانِ، وَقَدْ عَلِمُوا بِاشْتِرَائِهِ. فَتَرَكُوا ذَلِكَ حَتَّى طَالَ زَمَانُهُ، ثُمَّ جَاؤُوا يَطْلُبُونَ شُفْعَتَهُمْ، فَلا أَرَى ذَلِكَ لَهُمْ.

قال أبو عمر: هَذَا قَولٌ مُجْمَلٌ، إلا أَنَّ ظَاهِرَهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ مَا قربَ مِنَ الأَمَدِ لِطَالِبِ الشُّفْعَةِ لَمْ يضرّهُ قُعُودُهُ عَنِ الطَّلَبِ إِذَا قَامَ فِيمَا لَمْ يَطُلْ مِنَ الزَّمَانِ، فَإِنْ طَالَ، فَلا قِيامَ لَهُ، وَلَمْ يَحدَّ فِي الطَّولِ حَدّا، وَلا وَقَّتَ [فِي «مُوطئِهِ»] وَقْتاً.

وَقَدِ اخْتَلَفتِ الرِّوَايَةُ عَنْهُ فِي ذَلِكَ، وَأَصْحَابِهِ:

فَروى ابْنُ القَاسِمِ عَنْهُ: السَّنَةُ لَيْسَتْ بِالكَثِيرِ، وَهُوَ عَلى حَقِّهِ.

وَقَالَ مَرَّةً أُخْرى: السَّنَةُ وَنَحْوُها.

---

(١) الموطأ، ص٧١٨.

وَرَوى أشهَبُ، [عَنِ الثِّقَاتِ] عَنْ مَالِكٍ، أنَّهُ قَالَ: لِلْحَاضِرِ تَنْقَطِعُ بِمُرورِ السَّنَةِ.

وَرَوى ابْنُ المَاجشونِ، [عَنْ مَالِكٍ] أنَّ الخَمْسَةَ الأعْوَام لَيَسَتْ بِكَثِيرٍ، وَلا يَقْطَعُ الشُّفْعَةَ إلا الطُّول.

وَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ، عَنْ مُطرفٍ، وَابْنُ المَاجشونِ أنَّهما اسْتَنكَرَا أنْ يحدَّ مَالِكٌ فِي الشُّفْعَةِ سَنَةً.

وَقَالُوا: رُبَّما سَمِعْنَا مَالِكاً يَسْألُ عَنِ الحَاضِرِ يَقُومُ عَلى شفعَتِهِ بَعْدَ الخَمْسِ سنِينَ، وَرُبَّما قِيلَ لَهُ أكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، فَيَقُولُ فِي ذَلِك كُلِّهِ لا أرى فِي ذَلِكَ طولاً مَا لَمْ يُحدِثِ [المُبتاعُ] بُنْياناً، أو هَدْماً، أو تغْييراً بِبنَاءٍ وَالشَّفِيعُ حَاضِرٌ، فَإنْ كَانَ ذَلِكَ، وَلَمْ يَقمْ فِي شُفْعَتِهِ فِي الحِينِ، أو يحدثانِ ذَلكَ، فَلا قِيَامَ لَهُ؛ لأنَّ هَذَا مِمَّا يقطعُ شُفْعَتَهُ.

وَقَدْ تَقَصَّيتُ اخْتِلافَهُم فِي [اخْتِلافِ] قَولِ مَالِكٍ، وَأصْحَابِهِ.

وَهَذَا الاخْتِلافُ إنَّما هُوَ مَا لَمْ يوقفِ المُشْتَري الشَّفيعُ عنْدَ الحَاكِمِ، فَإنْ وَقفَهُ لِيَأْخُذَ أو لِيترِكَ، فَإنْ تَركَ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيامٌ بَعْدُ، وَإنْ أخذَ أجل بِالمَالِ ثَلاثَةَ أيَّامٍ.

وَقَالَ ابْنُ الماجشُونَ: عَشرةُ [أيَّام]، وَنَحوُها.

[وَقَالَ أصبغُ: يُؤْخذُ بِالمَالِ عَلى قَدرِ قِلَّةِ المَالِ، وكَثْرَتِهِ، وعَلى قَدْرِ عسرِهِ، وَيُسرِهِ، وَيقضي ذَلِكَ شَهْرٌ، ثُمَّ لا يَدْرِي مَا وَرَاءَ ذَلِكَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: للشَّفيع الشُّفْعَةُ بِالثَّمنِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ البَيْعُ فَإنْ فضلَتْ مَكانَهُ، فَهُوَ لَهُ، وَإنْ أمْكنَهُ الطَّلَبُ، فَلَمْ يَطْلُبْ بَطُلَتْ شُفْعَتُهُ، وَإنْ عَلا، فَأخَذَ الطَّلَبَ، فَإنْ كَانَ لَهُ عُذْرٌ مِنْ حَبْسٍ، أو غَيرِهِ، فَهُوَ عَلى شُفْعَتِهِ، يَعْنِي وَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عُذْرٌ نَافِعٌ، فَلا قِيامَ لَهُ.

وَقَالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَأبُو يُوسُفَ، وَمُحمَّدٌ: إذَا وَقَعَ البَيْعُ فِيمَا تجبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ، فَعلَمَ بِذَلِكَ الشَّفِيعُ، فَإنْ أشْهدَ مَكَانَهُ أنَّهُ عَلى شُفْعَتِهِ، وَإلا بَطُلَتْ شُفْعَتُهُ، وَسَواءٌ أحْضَرَ عِنْدَ ذَلِكَ مالاً أو ثَمن البيع، أو لم يُحْضِرْ].

وَقَد رُوِيَ عن مُحمَّدِ بْنِ الحَسَنِ أنَّهُ قَالَ: يَنْبَغي أنْ يَكُونَ الإشْهَادُ بِمَحْضَرِ مَطْلُوبٍ بِالشُّفْعَةِ، أو بِحَضْرَةِ المَبيعِ المَشْفُوعِ فِيهِ.

قال أبو عمر: لا مَعْنى لإشْهَادِ الحَاضِرِ عَلى الطَّلَبِ إلا أنْ يشهدَ طلابهُ وَطَلبهُ بذَلِكَ، وَأمَّا إذا تَرَاخَى بِذَلِكَ وطَالَ، فَلا شُفْعَةَ لَهُ؛ لأنَّ تركهُ للطَّلَبِ بِهِ اخْتِيَارٌ مِنْهُ؛ لإسْقَاطِ الشُّفْعَةِ، وَذَلِكَ ضَرْبٌ مِنْ رُكُوبِ الدَّابَّةِ، وَتَسْخِيرِها، ووطْءِ الجَارِيَةِ بَعْدَ [الاطِّلاع عَلى العَيْبِ، وَإنَّما الإشْهَادُ عِنْدِي مُعْتَبَرٌ فِي الغَائِبِ الَّذِي يَبلغُهُ خَبرُ شُفْعَتِهِ،

فَيَشهَدُ عَلى أنَّهُ مختارٌ لِلطَّلبِ إذَا قَدمَ، وَبلغَ مَوْضعَ الطَّلَبِ يَنْفَعهُ إِشْهادِهِ، ولا يضرُّهُ علمُهُ بِمَالَهُ مِنَ الشُّفْعَةِ لِمَوْضعِ غيبته.

وَمِنْ أَهْلِ العِلْمِ مِنْ أَصْحَابِنَا وَغَيرِهِمْ مَنْ لا يَرى عَلى الغَائِبِ إِشْهاداً، وَلا يَمِيناً، فَإِنَّهُ لَمْ [يتركْ] إِذَا علمَ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ: إِذَا قَضى القَاضي بِالشُّفْعَةِ كَانَ لِلْمُقضى عَليهِ بِها احْتِبَاسُ المَشْفُوعِ فِيهِ حَتَّى يَدْفعَ إِليهِ ثَمَنَهُ.

[وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنِ أَنَّهُ قَالَ: لا يَقْضي القَاضِي بالشُّفْعَةِ لِلشَّفِيعِ حَتَّى يَحضرَهُ مِثْلَ الجُزْءِ الَّذِي وَجَبَتْ لَهُ بِهِ الشُّفْعَةُ.

وَهُوَ اخْتِيَارُ الطَّحَاوِيِّ].

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ، وَغَيرُهم فِيمَنْ وَجَبَتْ لَهُ شُفْعَةٌ، فَبَاعَ الشِّقْصَ الَّذِي مِنْ أَجْلِهِ يدفَعُ قَبْلَ أَنْ يَأخُذَ بِالشُّفْعَةِ.

فَذَكَرَ أَشْهَبُ، عَنْ مَالِكٍ، أَنَّ قَولَهُ: اخْتَلفَ فِي ذَلِكَ، فَمَرَّةً قَالَ: تَجِبُ لَهُ الشُّفْعَةُ، وَمَرَّةً قَالَ: لا تَجِبُ.

وَاخْتَارَ أَشْهَبُ أَنَّهُ لا شُفْعَةَ لَهُ.

قَالَ: إِنَّما لَو أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ، ثُمَّ بَاعَ حِصَّتَهُ [لَمْ يَضُرَّ ذَلِكَ شُفْعَتَهُ].

وَرَوى عِيسى عَنِ ابْنِ القَاسِمِ أَنَّهُ لا يَقْطَعُ بَيْعَهُ بِحِصَّتِهِ فِي الدَّارِ مَا وَجَبَ لَهُ مِنَ الشُّفْعَةِ إِذَا كَانَ قِيامُهُ فِي أَمَدِهَا.

وَرَوى يَحْيَى بْنُ يَحيى، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ مِثْلَ ذَلِكَ، [وَزَادَ: فَإِنْ سَلمَ الشُّفْعَةَ] وَلَمْ يَأْخُذْ وَجَبْتِ الشُّفْعَةُ [لِلْمُشْتَرِي] فِي البَيْعِ الثَّانِي.

قال أبو عمر: قِيَاسُ قَولِ الشَّافِعِيِّ، وَالكُوفِيِّينَ وأَنَّهُ لا شُفْعَةَ لَهُ إلا أَنْ يَقْضيَ لَهُ بِها القَاضِي قَبْلَ بَيْعِهِ بِحِصَّتهِ عِنْدَ الكُوفِيِّينَ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لا تَجِبُ لَهُ شُفْعَةٌ؛ لأَنَّهُ لا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ إلا بِالشَّرِكَةِ، وَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ بَعْدَ بَيْعِ حِصَّتِهِ [شُفعَةٌ]، [فَأَيُّ شُفْعَةٍ تَجِبُ لَهُ]، والشُّفْعَةُ إِنَّما تُسْتَحَقُّ بِالشَّرِكَةِ فِي المُبْتَاعِ بِالطَّلَبِ، وأَدَاءِ الثَّمنِ، وَإِنْ كَانَ أَصْلُ وُجُوبِها البَيْعَ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٣٦

كتابُ الأَقْضِيَة

١ ـ باب الترغيب في القضاء بالحق

١٣٨٤ ـ مَالِكٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ، زَوْجِ النَّبِيِّ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ[١] بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلاَ يَأْخُذَنَّ مِنْهُ شَيْئًا، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ».

قال أبو عمر: لَمْ يُخْتَلَفْ فِي إِسْنَادِ هَذَا الحَدِيثِ، وَلاَ عَلى هِشَامٍ، وَقَدْ رَوَاهُ (عَنْ) هِشَامٍ، الثَّورِيُّ، وَابْنُ عُيَيْنَةَ، وَيَحيى القطَّان، وَغَيرهم، وَرَوَاهُ أَيضاً مَعْمَرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ عروةَ، عَنْ زَيْنَبَ، عَنْ أُمِّهَا ـ أُمِّ سَلَمَةَ ـ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَهُ.

وَقَدْ رُوِيَ (مِنْ حَدِيثِ) أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلُ ذَلِكَ كُلِّهِ فِي «التَّمهيدِ».

وَفِي هذا الحَدِيثِ مِنَ الفِقْهِ:

أَنَّ البَشَرَ لا يَعْلَمُونَ الغَيْبَ، وَإِذَا كَانَ الأَنْبِيَاءُ يَعْرِفُونَ بِهَذَا، فَكَيْفَ يَصِحُّ لأَحَدٍ دَعوى ذَلِكَ؟ وَهَلْ يَحْصلُ مِنْ عِلْمِ الغَيْبِ عِنْدَ مُدعيهِ إلا التَّخَرُّصَ، وَالتَّظَنُّنَ بِالنَّجامَةِ، أَو بِالتَّكَهُّنِ، الَّذِي هُوَ (كُلُّهُ) إلا يَسِيرٌ مِنْهُ ظَنٌّ كَذِبٌ؛ لأَنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الحَدِيثِ[٢]،

١٣٨٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ١، من كتاب الأقضية، باب ١ (الترغيب في القضاء بالحق)، وقد أخرجه البخاري في الشهادات، باب ٢٧ (من أقام البينة بعد اليمين) حديث ٢٦٨٠، ومسلم في الأقضية، باب ٣ (الحكم بالظاهر واللحن بالحجة) حديث ٤، وأبو داود في الأقضية حديث ٣٥٨٣، والترمذي في الأحكام حديث ١٣٣٩، والنسائي في آداب القضاة حديث ٥٣٩٩، ٥٤٢٠، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٣١٧، وأحمد في المسند ٦/٢٠٣، ٢٩٠، ٢٩١، ٣٠٧.

(١) ألحن: أي أبلغ وأعلم.

(٢) لفظ الحديث عن رسول الله ﷺ قال: إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث.

=

وَأَمَّا عَلْمٌ صَحِيحٌ مُتَيَقَّنٌ مُتبينٌ، فَلَا سَبِيلَ إِلَيهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَأَمَّا قَولُهُ: «فَلَعَلَّ بَعْضكُم أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ» يَعْنِي: أَفْطَنَ لها، وَأَجْدَلَ بِها.

قَالَ أَبُو عُبيدَةَ: اللَّحَنُ بِفَتْحِ الحَاءِ: الفِطْنَةُ، وَاللحْن بِجَزْمِ الحَاء الخَطَأُ فِي القَولِ.

وَفِيهِ أَنَّ القَاضِي إِنَّمَا يَقْضِي عَلى الخصْمِ بِمَا يَسْمَعُ مِنْهُ مِنْ إِقْرَارٍ، أَو إِنْكَارٍ أَو بَيِّنَاتٍ عَلى حَسَبِ مَا أَمْكَنَتْهُ السُّنَّةُ فِي ذَلِكَ.

وَفِيهِ أَنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بِكُلِّ مَا يقرُّ بِهِ عِنْدَهُ (المُقِرُّ) لِمَنِ ادَّعى عَلَيهِ؛ لقَولِهِ ﷺ: «فَأَقْضِي (لَهُ بِمَعْنى أَقْضِي) عَلَيهِ بِما أَسْمَعُ مِنْهُ، يُرِيدُ أَو مِنْ بَيِّنَةِ المِدَّعِي؛ لأَنَّ هَذا هُوَ الَّذِي يسمعُ مِمَّا يحتاجُ أَنْ يَقْضِي بِهِ.

وَلَو أَقَرَّ المُقِرُّ عِنْدَهُ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ بِمَا قَدِ اسْتَوْعَبَ سَمَاعَهُ مِنْهُ، ثُمَّ جحدَ المُقِرُّ إِقْرَارَهُ ذَلِكَ، وَلَمْ يَحْضر مَجْلِسَهُ ذَلِكَ «شَهِيدَانِ» وَجَبَ عَلى «القَاضِي» الحَاكِمِ «القَضَاءُ» بِمَا سَمعَ حضرَهُ أَحَدٌ أَو لَمْ يَحْضرْهُ.

هَذَا قَولُ جُمْهُورِ الفُقَهاءِ، وَهُوَ قَولُ الكُوفِيِّينَ، وَالشَّافِعِيِّينَ، وغَيرِهِمْ.

وَاسْتَحَبَّ مَالِكٌ ـ رحمهُ اللَّهُ ـ أَنْ يحضرَهُ شَاهِدَانِ وَأَجَازَ فِي ذَلِكَ شهادَةَ العَدْلِ، وَغَيرِهِ، ولَوْ علمَ أَنَّ ما شهدَ به الشهودُ عَلى مَا شَهدوا به أن ينفذَ علمه في ذلك دونَ شَهادَتِهم، وَذَلِكَ دَلِيلٌ على أَنَّ ذَلِكَ اسْتِحْبَابٌ عِنْدَهُ، وَاللَّهُ المُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ.

وَفِي ذَلِكَ أَيضًا رَدٌّ وَإِبْطَال (للحُكْمِ بِالهَوَى، وَبِالظُّنُونِ أَيضًا).

قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةً فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ...﴾ الآية [ص: ٢٦].

وَقَدِ احتَجَّ بَعْضُ أَصْحَابِنا بِهذَا الحَدِيثِ فِي رَدِّ حُكْم القَاضِي (بِعِلْمِهِ)؛ لِقَولِهِ «فَأَقْضِي لَهُ على نَحو مَا أَسْمَعُ مِنْهُ» وَلَمْ يَقُلْ: عَلى نَحْوِ مَا عَلِمْتُ مِنْهُ، أَو مِنْ قِصَّتِهِ.

قَالَ: وَإِنَّما تَعَبَّدْنا بِالحُكْم بَالبَيِّنَةِ، وَالإِقْرَارِ، وَهُوَ المَسْمُوعُ الَّذِي قَالَ فيه (ﷺ): «إِنَّما أَقْضِي عَلى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ»، وَذَلِكَ المَسْمُوعُ مِنَ المُقِرِّ فِي مَجْلِسِ الحُكْمِ.

= أخرجه البخاري في الوصايا باب ٨، والنكاح باب ٤٥، والفرائض باب ٢، والأدب باب ٥٧، ٥٨، ومسلم في البر حديث ٢٨، والترمذي في البر باب ٥٦، ومالك في حسن الخلف حديث ١٥، وأحمد في المسند ٢/٢٤٥، ٢٨٧، ٣١٢، ٣٤٢، ٤٦٥، ٤٧٠، ٤٨٢، ٤٩٢، ٥٠٤، ٥١٧، ٥٣٩.

وَقَدْ قِيلَ فِي تَأْوِيلِ قَولِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿وَءَاتَيْنَـٰهُ ٱلْحِكْمَةَ وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ﴾ [ص: ٢] أَنَّ فَصْلَ الخِطَابِ البَيِّنَاتُ، أَو إِقْرَارُ مَنْ يَلْزَمُهُ إِقْرَارُهُ.

وَالعِلَّةُ فِي القَضَاءِ بَالبَيِّنَةِ أَو الإِقْرَارِ دُونَ العِلْمِ التُّهْمَةُ؛ لأَنَّ الحَاكِمَ إِذَا قَضى بِعِلْمِهِ كَانَ مُدَّعِيًا عِلْمَ مَا لَمْ يَعْلَمْ، إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ.

وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ القَاضِيَ لَو قَتَلَ أَخَاهُ لِعِلْمِهِ بِأَنَّهُ قَاتِلٌ لَمْ يَجِبْ لَهُ القَوَدُ مِنْهُ، فَإِنَّهُ قَاتِلٌ عَمْدًا (وَالقَاتِلُ عَمْدًا) لا يَرِثُ (مِنْهُ) شَيْئًا؛ لِمَوْضِعِ التُّهْمَةِ فِي وِرَاثَتِهِ.

وَمِنْ أَحْسَنِ مَا يُحْتَجُّ بِهِ فِي أَنَّ القَاضِي لا يَقْضِي بِعِلْمِهِ حَدِيثُ مَعمرٍ، عَنِ الزُّهرِيِّ، عَنْ عروةَ، عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ أَبَا جهم عَلى صَدَقَةٍ، فَلاَجَّهُ رَجُلٌ فِي فَرِيضَةٍ، فَوَقَعَ بَيْنَهم شجاجٌ، فَأَتوا النَّبِيَّ ﷺ، فَأَخْبَرُوهُ، فَأَعْطَاهُم الأَرْشَ، ثُمَّ قَالَ: «إِنِّي خَاطِبُ النَّاسَ وَمُخبِرُهُم أَنَّكُم قَدْ رَضِيتُمْ، أَرَضِيتُمْ؟ قَالُوا: نَعَمْ، فَصعدَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَخَطَبَ، وَذَكَرَ القِصَّةَ، وَقَالَ: أَرَضِيتُمْ؟ قَالُوا: لَا، فَهَمَّ بِهِمُ المُهَاجِرُونَ، فنزلَ النَّبِيُّ ﷺ فَأَعْطَاهُم، ثُمَّ صَعدَ (المنبر) فَخَطَبَ، ثُمَّ قَالَ: أَرَضِيتُم؟ قَالُوا: نَعَمْ»[١].

وَهَذَا بَيِّنٌ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ (مِنْهُم) بِمَا عَلِمَ مِنْهُم، وَلا قَضَى بِذَلِكَ عَلَيهِم، وَقَد عَلِمَ رِضَاهُم.

وَهَذَا مُعْظَمُ مَا يحتجُّ بِهِ مَنْ لَمْ يَرَ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِهِ.

وَأَمَّا مَنْ رَأَى لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِهِ مِنْهُم: الشَّافِعِيُّ، وَالكُوفِيُّ (وَسَنَذْكُرُهم بَعْدُ ـ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ).

فَمِنْ حُجَّتِهِم أَنَّهُ مُسْتيقنٌ قَاطِعٌ لِصِحَّةِ مَا يَقْضِي بِهِ إِذَا عَلِمَهُ عِلْمَ يَقِينٍ، وَلَيْسَتِ الشّهادَةُ عِنْدَهُ كَذَلِكَ؛ لأَنَّها قَدْ تَكُونُ كَاذِبَةً، وَوَاهِمَةً وَعِلْمُهُ بَالشَّيْءِ أَوْكَدُ؛ لأَنَّهُ يَنْتَفِي عَنْهُ فِي عِلْمِهِ الشَّكُّ، والارْتِيَابُ.

وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ لَهُ أَنْ يُعَدِّلَ، ويَسقطَ العدولَ بِعِلْمِهِ، فَكَذَلِكَ مَا علمَ صِحَّتَهُ.

وَأَجْمَعُوا أَيضًا عَلى أَنَّهُ إِذَا عَلمَ أَنَّ مَا شَهدَ بِهِ الشُّهودُ عَلى غَيرِ مَا شَهدُوا بِهِ أَنَّهُ يَنفذُ عِلْمهُ فِي رَدِّ شهادَتِهم، وَلَا يَقْضِي بِشَهادَتِهم، ويَردُّها بِعِلْمِهِ.

وَمِمَّا احْتَجَّ بِهِ الشَّافِعِيُّ، وَغَيرُهُ بِقَضَاءِ القَاضِي بِعِلْمِهِ حَدِيثُ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات باب ١٣، والنسائي في القسامة باب ٢٦، وابن ماجه في الديات باب ١٠، وأحمد في المسند ٦/ ٢٣٢.

عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَولُهُ: «وَأَنْ نَقومَ بِالحَقِّ حَيْثُ مَا كُنَّا، لَا نَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةَ لَائِمٍ»[١].

وَقَولُ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ [النساء: ١٣٥].

وَحَدِيثُ عَائِشَةَ فِي قِصَّةِ هِنْدَ بِنْتِ عُتْبَةَ مَعَ زَوْجِها أَبِي سُفيانَ بْنِ حَرْبٍ فِي قَولِ النَّبِيِّ ﷺ فِيهِ: «خُذِي مَا يَكْفيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ»[٢] وَلَم يُكلِّفْها بيِّنَةً؛ لأَنَّهُ عَلِمَ صِدْقَ قَولِها مِنْ قِبَلِ زَوْجِها، وَحَالِهِ الَّتِي عَرَفَ مِنْهُ.

وَقَالُوا: إِنَّما يَقْضِي (بِمَا يَسمعُ) فِيما طَرِيقُهُ السَّمْعُ مِنَ الإِقْرَارِ، وَالبَيِّنَةِ، وَأَمَّا مَا كَانَ طَرِيقُهُ عِلْمُهُ، فَإِنَّهُ يَقْضِي فِيهِ بِعِلْمِهِ.

وَلَهُمْ فِي هَذَا البَابِ مُنَازَعَاتٌ أَكْثَرُها تَشْغِيبٌ.

وَالسَّلَفُ مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ مُخْتَلِفُونَ فِي قَضَاءِ القَاضِي بِعِلْمِهِ عَلى حَسَبِ اخْتِلَافِ فُقَهاءِ الأَمْصَارِ مِنْ ذَلِكَ.

ومِمَّا احْتَجَّ بِهِ مَنْ قَالَ: إِنَّ القَاضِي يَقْضِي بِعِلْمِهِ، فِيمَا قَضَى بِهِ عِلْمُهُ مَعَ مَا قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ مَا رَويناهُ مِنْ طريق (غَيرِ وَاحِدٍ) عَنْ عَروةَ، وَعَنْ مُجَاهِدٍ جَمِيعًا بِمَعْنى وَاحِدٍ، أَنَّ رَجُلاً مِنْ بَنِي مَخْزوم اسْتَعْدَى عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ عَلى أَبِي سُفْيَانَ بْنِ حَرْبٍ؛ أَنَّهُ ظَلَمَهُ حدًّا فِي مَوْضع كَذَا، وَكَذَا، فَقَالَ عُمَرُ: إِنِّي لأَعْلَمُ النَّاسَ بِذَلِكَ، وَرُبَّما لَعِبْتُ أَنَا وَأَنْتَ فِيهِ، وَنَحْنُ غِلْمَانٌ، فَإِذَا قَدِمْتَ مَكَّةَ، فَأْتِنِي بِأَبِي سُفْيَانَ، فَلَمَّا قَدِمَ مَكَّةَ، أَتَاهُ المَخْزُوميُّ بِأَبِي سُفْيَانَ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: يَا أَبَا سُفْيَانَ: (انْهَضْ بِنَا إِلى مَوضع كَذَا، فَنَهَضُوا، وَنَظَرَ عُمَرُ، فَقَالَ: يَا أَبَا سُفْيَانَ!) خُذْ هَذَا الحَجَرَ مِنْ هُنَا، فَضَعْهُ هَا هُنَا، فَقَالَ: وَاللَّهِ لا أَفْعَلُ ذَلِكَ (فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَتَفْعَلَنَّ، فَقَالَ: لَا، وَاللَّهِ لَا أَفْعَلُ، فَقَالَ) وَاللَّهِ لَتَفْعَلَنَّ، فَقَالَ: لَا أَفْعَلُ، فَعَلَاهُ عُمَرُ بِالدِّرَّةِ[٣]، وَقَالَ خُذْهُ ـ لا أُمَّ لَكَ ـ وَضَعْهُ هَا هُنَا، فَإِنَّكَ قَدِيمُ الظُّلْمِ، فَأَخَذَ أَبُو سُفْيانَ الحَجَرَ، وَوَضَعَهُ حَيْثُ قَالَ

---

(١) أخرجه البخاري في الأحكام باب ٤٣، ومسلم في الإمارة حديث ٤١، والنسائي في البيعة باب ١، ٢، ٣، وابن ماجه في الجهاد باب ٤١، ومالك في الجهاد حديث ٥، وأحمد في المسند ٥/ ٣١٤، ٣١٨، ٣١٩، ٦/ ٤٠٣.

ولفظ الحديث بتمامه عند البخاري: عن عبادة بن الصامت قال: بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في المنشط والمكره، وأن لا تنازع الأمر أهله وأن نقوم أو نقول بالحق حيثما كنا لا نخاف في الله لومة لائم.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع باب ٩٥، والنفقات باب ٩، ١٤، والأحكام باب ١٤، ٢٨، ومسلم في الأقضية حديث ٧، وأبو داود في البيوع باب ٧٩، والنسائي في القضاة باب ٣١، وابن ماجه في التجارات باب ٦٥، والدارمي في النكاح باب ٥٤، وأحمد في المسند ٦/ ٣٩، ٥٠، ٢٠٦، ٢٨٠.

(٣) الدرّة: آلة يضرب بها.

عُمَرُ، ثُمَّ إِنَّ عُمَرَ اسْتَقْبَلَ القِبْلَةَ، وَقَالَ: اللَّهُمَّ لَكَ الحَمْدُ إِذْ لَمْ تُمِتْنِي حَتَّى غَلَّبْتَ عَلَيَّ أَبَا سُفْيَانَ عَلى رَأيِهِ، فَأَذْلَلْتَهُ لِي بِالإِسْلَامِ، : قَالَ: فَاسْتَقْبَلَ القِبْلَةَ أَبُو سُفْيَانَ وَقَالَ: اللَّهُمَّ لَكَ الحَمْدُ، الَّذِي لَم تُمِتْنِي حَتَّى جَعَلْتَ فِي قَلْبِي مِنَ الإِسْلَامِ مَا ذَلَلْتُ بِهِ لِعُمَرَ.

فَفِي هَذَا الخبر قَضَاءُ عُمَرَ بِعِلْمِهِ فِيمَا قَدْ عَلِمَهُ قَبْلَ وِلَايَتِهِ.

وَإِلى هَذَا ذَهَبَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَبُو ثَورٍ، سَواءٌ عِنْدَهُم عَلِمَ القَاضِي قَبْلَ أَنْ يَلِيَ القَضَاءَ، أَو بَعْدَ ذَلِكَ فِي مِصْرِهِ كَانَ أَو غير مِصْرِهِ، لَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ عِنْدَهُم بِعِلْمِهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: مَا عَلِمَهُ قَبْلَ أَنْ يَلِيَ القَضَاءَ، أَو رَآهُ فِي غَيرِ مِصْرِهِ لَمْ يَقْضِ فِيهِ بِعِلْمِهِ؛ لأَنَّهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ فِي ذَلِكَ، وَمَا عَلِمَهُ بَعْدَ أَنِ اسْتُقْضِيَ، أَو رَآهُ بِمصْرِهِ قَضَى فِي ذَلِكَ بِعِلْمِهِ؛ لأَنَّهُ فِي ذَلِكَ قَاضٍ لَا يَحْتَاجُ أَنَّ يضمَّ إِليهِ فِيمَا يَقْضِي بِهِ غيرُه.

وَهَذَا القَولُ مَأْخُوذٌ مِنَ اجْتِمَاعِ السَّلَفِ، وَجُمهورِهم، عَلى أَنَّ مَا أَقَرَّ بِهِ المُقِرُّ عِنْدَ القَاضِي، وَهُوَ قَاضٍ يَوْمَئِذٍ أَنَّهُ يَقْضِي بِهِ.

وَاتَّفَقَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ أَنَّ القَاضِي لَا يَقْضِي بِعِلْمِهِ فِي شَيْءٍ مِنَ الحُدُودِ، لَا فِيمَا عَلِمَهُ قَبْلَ وِلَايَتِهِ، وَلَا فِيمَا (عَلِمَهُ) بَعْدَ ذَلِكَ، وَلا فِيمَا رَآهُ بِمصْرِهِ، وَلَا بِغيرِ مِصْرِهِ.

وَقَالَ (الشَّافِعِيُّ) وأَبُو ثَورٍ: حُقُوقُ النَّاسِ، وَحقُوقُ اللَّهِ سَوَاءٌ (فِي ذَلِكَ)، وَالحُدودُ وَغَيرُها فِي ذَلِكَ (سَواءٌ)، جَائِزٌ أَنْ يَقْضِيَ القَاضِي فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بِعِلْمِهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ: لَا يَقْضِي القَاضِي فِي شَيْءٍ مِنَ الأَشْيَاءِ بِمَا عَلِمَهُ، لا قَبْلَ وِلَايَتِهِ، وَلَا بَعْدَها، وَلَا يَقْضِي القَاضِي إِلَّا بِالبَيِّنَاتِ، أَوِ الإِقْرَارِ.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ (بْنُ حَنْبَلٍ).

وَ(هُوَ قَولُ) شُريح، وَالشَّعبيِّ.

وَفِي هَذَا الحَدِيث أَيضًا إِيجَابُ الحُكْم بِالظَّاهِرِ دُونَ إِعْمَالِ الظَّنِّ، والاسْتِحْسَانِ، أَلَا تَرى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى فِي المُتَلَاعِنَيْنِ بِظَاهِرِ أَمْرِهِما، وَمَا ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَنَفَاهُ صَاحِبُهُ، وَأَحْلَفَهُما بِأَيمَانِ اللِّعَانِ، وَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلى (غَيرِ) ذَلِكَ، وَكَانَتِ المَرْأَةُ حَامِلاً، فَقَالَ ﷺ: إِنْ جَاءَتْ بِالوَلَدِ عَلى صِفَةِ كَذَا، وَكَذَا فَهُوَ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلى صِفَةِ كَذَا وَكَذَا، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَتْ بِهِ، فَجَاءَتْ بِهِ عَلى النَّعْتِ المَكْرُوهِ، فَلَمْ يَلْتَفِتْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلى ذَلِكَ؛ لأَنَّ الشَّبَهَ قَدْ يُنْتَزعُ (عَنْهُ)، وَقَدْ لا يُنْتَزَعُ، بَلْ أَمْضَى حُكْمَ اللَّهِ فِيما بَعْدَ أَنْ سَمعَ مِنهما، وَلَمْ يُعَرِّجْ عَلى الظَّنِّ، وَلَا أَوْجَبَ بِالشُّبْهَةِ

حُكْمًا، وَلَا رَدَّ بِهِ قَضاءً سلف مِنْهُ مُجْتَهِدًا فِيهِ عَلى مَا أَوْجَبَهُ (الظَّاهِرُ).

وَأَمَّا قَولُهُ ﷺ: «فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّما أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ» فَفيهِ بَيان وَاضِحٌ بِأَنَّ قَضاءَ القَاضِي بِالظَّاهِرِ الَّذِي يُعْتَدُّ (بِهِ) لَا يحلُّ حَرامًا فِي البَاطِنِ عَلى مَنْ عَلِمَهُ.

وَأَجْمَعَ العُلَماءُ (عَلى) أَنَّ ذَلِكَ فِي الأَمْوَالِ صَحِيحٌ، كَما وَصَفْنَا؛ لِقَولِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُوا۟ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا۟ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨].

وَاخْتَلَفُوا فِي حَلِّ عِصْمَةِ النِّكاحِ، أَو عَقْدِها بِظَاهِرِ مَا يَقْضِي بِهِ الحكمُ (وَهُوَ خِلَافُ البَاطِنِ)، فَقَالَ مَالِكٌ، وَالثَّورِيُّ، وَالأَوْزَاعِيُّ، والشَّافِعِيُّ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحَاقُ، وَأَبُو ثَورٍ، وَدَاوُدُ، وَجُمهورُ العُلَماءِ: الأَمْوَالُ، وَالفُرُوجُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، وَهِيَ حُقُوقٌ كُلُّها لَا يحلُّ مِنها القَضاءُ الظَّاهِرُ مَا هُوَ حَرَامٌ فِي البَاطِنِ؛ لِعُمومِ قَولِ النَّبِيِّ ﷺ: «فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّما أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»، وَلَمْ يَخُصَّ حَقًا مِنْ حَقٍّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسُفَ، وَكَثِيرٌ مِنْ أَصْحَابِنا: إِنَّما ذَلِكَ فِي الأَمْوَالِ.

وَقَالُوا فِي رَجُلَيْنِ تَعَمَّدَا الشَّهادَةَ بِالزُّورِ عَلى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ، فَقبلَ القَاضِي بشادَتِهما بِظَاهِرِ عَدَالَتِهما عِنْدَهُ وَهُما قَدْ تَعَمّدا الكَذِبَ، فَفَرَّقَ القَاضي بِشهادَتهما بَيْنَ الرَّجُلِ، وامْرَأَتِهِ، ثُمَّ اعْتَدَّتِ المَرْأَةُ: إِنَّهُ جَائِزٌ لأَحدِ الشَّاهِدَيْنِ أَنْ يَتَزَوَّجها، فَإِنَّهُ عَالِمٌ بِأَنَّهُ كَانَ مِنْ شهادَتِهِ كَاذِبًا.

(وَهُوَ قَولُ الشَّعبيِّ)؛ لأَنَّها لَمَّا حَلَّتْ لِلأَزْواجِ فِي الظَّاهِرِ كَانَ الشَّاهِدُ، وَغَيرُهُ سَواءً؛ لأَنَّ قَضاءَ القَاضِي، (وَحُكْمَهُ) فرقَ بَيْنَها، وَبَيْنَ زَوْجِها، وَانْقَطَعَتْ عِصْمَتُهَا مِنْهُ، وَلَولَا ذَلِكَ مَا حَلَّتْ لِزَوجٍ غَيرِهِ.

(وَاحْتَجُوا بِحُكْمِ اللِّعَانِ)، وَقَالُوا: مَعْلُومٌ أَنَّ الزَّوْجَةَ إِنَّما وَصَلَتْ إِلى فراقِ زَوْجِها بِاللِّعانِ الكَاذِبِ الَّذِي لَو عَلِمَ الحَاكِمُ كذِبَها فِيهِ مَا فَرَّقَ بَيْنَها وَبَيْنَ زَوْجِها، وَلا حكَمَ فِيها بِغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ وُجُوبِ الحَدِّ عَلَيها: (الجَلْد)، أَوِ الرَّجْمِ.

قَالُوا: فَلَمْ يَدْخُلْ هَذَا فِي مَعْنى (قَولِ) النَّبِيِّ ﷺ: «مَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلا يَأْخُذْهُ».

قَالُوا: أَلَا تَرى أَنَّ مَنْ شُهِدَ عَلَيهِ بَالنِّكَاحِ، أَو بَالطَّلاقِ، وَقَضى القَاضِي (عَلَيهِ) بِذَلِكَ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الامْتِناعُ مِنْهُ، وَجازَ الحُكْمُ بِشهادَةِ الشُّهُودِ عَلَيهِ، وَلَزِمَهُ التَّسْلِيمُ لَهُ،

وَكَانَتْ فرقَتُهُ بِالظَّاهِرِ فُرْقَةً عَامَّةً، فَلَمَّا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ دَخَلَ عَليهِ الشَّاهِدُ، وَغَيْرُهُ، وَلَهُم فِي ذَلِكَ كَلَامٌ يَطُولُ (ذِكْرُهُ فِي ذَلِكَ) أَكْثَرُهُ لَا يَصِحُّ، وَلَيْسَ هَذَا مَوْضِعَهُ.

وَالصَّحِيحُ فِي ذَلِكَ مَا ذَهَبَ إليهِ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، (وَجُمهورُ) فُقَهاءِ المُسْلِمِينَ أَنَّهُ لَا يَحلُّ لِلشَّاهِدِ بِالزُّورِ أَنْ يَتَزَوَّجَها وَهُوَ عَالِمٌ بِأَنَّ زَوْجَها لَمْ يُطَلِّقْهَا وَكَذَلِكَ غَيرُهُ إِذَا عَلِمَ لَمْ يَحلَّ لَهُ، وَبِاللَّهِ التَّوفيقُ.

١٣٨٥ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ وَيَهُودِيٌّ. فَرَأَى عُمَرَ أَنَّ الْحَقَّ لِلْيَهُودِيِّ فَقَضَى لَهُ، فَقَالَ لَهُ اليَهُودِيُّ: وَاللَّهِ لَقَدْ قَضَيْتَ بِالْحَقِّ، فَضَرَبَهُ عُمَرَ بْنُ الْخَطَّابِ بِالدِّرَّةِ، ثُمَّ قَالَ: وَمَا يُدْرِيكَ؟ فَقَالَ لَهُ اليَهُودِيُّ: إِنَّا نَجِدُ أَنَّهُ لَيسَ قَاضٍ يَقْضِي بِالحَقِّ، إِلا كَانَ عَنْ يَمِينِهِ مَلَكٌ وَعَنْ شِمَالِهِ مَلَكٌ. يُسَدِّدَانِهِ وَيُوَفِّقَانِهِ لِلحَقِّ، مَا دَامَ مَعَ الحَقِّ. فَإِذَا تَرَكَ الْحَقَّ، عَرَجَا وَتَرَكَاهُ.

قال أبو عمر: إِنَّما ضَرَبَ عُمَرُ اليَهُودِيَّ ـ واللَّهُ أَعلمُ ـ لأَنَّهُ كَرِهَ مَدْحَهُ، وتَزْكِيتَهُ لِحُكْمِهِ (فِي وَجْهِهِ).

وَأَمَّا جَوابُ اليَهُودِيِّ لَهُ بَعْدَ ضَرْبِهِ إِيَّاهُ، فَقَولُهُ لَهُ: وَمَا يُدْرِيكَ؟ فَلَيْسَ عِنْدِي بِجَوابٍ؛ لِقَولِهِ: وَمَا يُدْرِيكَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَكِنَّ اليَهُودِيَّ لَمَّا عَلِمَ أَنَّ عُمَرَ كَرِهَ مَدْحَهُ لَهُ، أَخْبَرَهُ أَنَّهُ يَجِدُ فِي كُتبِهِ أَنَّ اللَّهِ تَعالى ذِكْرُهُ يُعِينُ القَاضِي عَلى الحَقِّ، وَيُسدِّدُ لَهُ، وَيُوَفِّقُهُ؟ لإِصَابَتِهِ إِذَا أَرَادَهُ، وَقَصَدَهُ، وَمِنْ عَوْنِهِ لَهُ أَنْ يَأْمُرَ المَلَكَيْنِ عَنْ يَمِينِهِ، وَعَنْ شِمَالِهِ لِتَسْدِيدِهِ، وَهَذَا كُلُّهُ تَرْغِيبٌ، وَنَدْبٌ لِلْحَاكِمِ أَنَّ القَضَاءَ بِالحَقِّ عَلى مَا تَرْجَمَ بِهِ مَالِكٌ (البَابَ)، وَاللَّهُ المُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ.

وَرَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ هَذَا الخَبرَ عَنْ يَحْيَى، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ اخْتَصَمَ إِليهِ مُسْلِمٌ، وَيَهُودِيٌّ، فَرَأَى أَنَّ الحَقَّ لِلْيَهُودِيِّ، فَقَضَى لَهُ، فَقَالَ اليَهُودِيُّ: (وَاللَّهِ) إِنَّ المَلَكَيْنِ؛ جِبريلَ، وَمِكَائِيلَ لَيَتَكَلَّمَانِ بِلِسَانِكَ، وَأَنَّهُما عَنْ يَمِينِكَ، وَشِمَالِكَ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بِالدِّرَّةِ، وَقَالَ (لَهُ)؛ لَا أُمَّ لَكَ! مَا يُدْرِيكَ؟ قَالَ: إِنَّهُما مَعَ كُلِّ قَاضٍ يَقْضِي بِالحَقِّ، مَا دَامَ مَعَ الحَقِّ، فَإِذَا تَركَ الحَقَّ عَرجَا، وَتَرَكَاهُ.

فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ مَا أَرَاكَ أَبْعَدْتَ.

١٣٨٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢، من الكتاب والباب السابقين، وقد تفرد به مالك.

وَفِي هَذَا الحَدِيثِ مِنَ الفِقْهِ أَنَّ المُسْلِمَ، وَالكَافِرَ، وَالذِّمِّيَّ فِي الحُكْمِ بَيْنَهُمَا، والفَصْلِ بَيْنَ المُسْلِمِينَ سَوَاءٌ.

وَفِيهِ كَرَاهِيَةُ المَدْحِ فِي الوَجْهِ (إلا مَنْ أَدبِ، فَافْعَلْهُ، فَلَا حَرجَ عَليكَ، وَأَنَّ الَّذِي يَرْضَى بَأَنْ يُمْدَحَ فِي وَجْهِهِ) ضَعِيفُ الرَّأْيِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: سَمعَ رَجُلاً يَمْدَحُ رَجُلاً، فَقَالَ لَهُ: «أَمَا إِنَّكَ لَو صَنَعْتَهُ، لَقَطَعْتَ ظَهْرَهُ»[١].

وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: «المَدْحُ فِي الوَجْهِ هُوَ الذَّبحُ»[٢].

وَرُوِيَ عَنْهُ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «احْثُوا فِي وُجُوهِ المَدَّاحِينَ التُّرَابِ»[٣].

وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ مِنْ حَدِيثِ المِقْدَادِ بْنِ الأَسْوَدِ.

وَهَذَا عِنْدَهُمْ فِي المُوَاجَهَةِ وَفِيهِ تَرْكُ الردِّ عَلى أَهْلِ الكِتَابِ فِيمَا يُخْبِرُونَ بِهِ عَنْ كِتَابِهم، «فَلَا تُصَدِّقُوهُمْ وَلَا تُكَذِّبُوهُم»؛ لِئَلَّا يُصَدّقَ بِبَاطِلٍ، أَو يكَذِّبَ بِحَقٍّ.

قَالَ ﷺ: «حَدِّثُوا عَنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ، وَلَا حَرجَ، وحَدِّثِوا عَنِّي، وَلَا تَكْذِبُوا عَلَيَّ»[٤].

وَقَدْ فَسَّرَ الشَّافِعِيُّ مَعْنى هَذَا الحَدِيثِ بِمَا قَدْ (ذَكَرْتُهُ) فِي غَيرِ هَذَا المَوْضعِ.

حَدَّثَنِي سَعِيدٌ، وَعَبْدُ الوَارِثِ، قَالَا: حَدَّثَنِي قَاسِمُ (بْنُ أصبغ) قَالَ: حَدَّثَنِي ابْنُ وَضَّاحِ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو بَكْرِ (بْنِ أَبِي شَيْبَةَ)، قَالَ: حَدَّثَنِي وَكِيعٌ، قَالَ: حَدَّثَنِي إِسْرَائِيلُ، عَنْ عَبْدِ الأَعْلى التَّغلبيِّ، عَنْ بِلَالِ بْنِ أَبِي مُوسى، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ. قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «مَنْ سَأَلَ القَضَاءَ وُكِّلَ إِلى نَفْسِهِ، وَمَنْ يُجْبَرُ عَلَيهِ نَزَلَ عَلَيهِ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ»[٥].

---

(١) أخرجه مسلم في الزهد حديث ٦٥، وابن ماجه في الأدب باب ٣٦، وأحمد في المسند ٥/ ٤٥، ٤٦.
وأخرجه البخاري في الشهادات باب ١٨، والأدب باب ٥٤، بلفظ: عن أبي موسى رضي الله عنه قال: سمع النبي ﷺ رجلاً يثني على رجل ويطريه في مدحه فقال: أهلكتم ـ أو قطعتم ـ ظهر الرجل.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأدب باب ٣٦، وأحمد في المسند ٤/ ٩٢، ٩٣، ٩٩، بلفظ: إياكم والمدح، والتمادح فإنه الذبح.

(٣) أخرجه مسلم في الزهد حديث ٦٨، ٦٩، وأبو داود في الأدب باب ٩، والترمذي في الزهد باب ٥٥، وابن ماجه في الأدب باب ٣٦، وأحمد في المسند ٢/ ٩٤، ٦/ ٥.

(٤) أخرجه البخاري في أحاديث الأنبياء باب ٥٠، ومسلم في الزهد حديث ٧٢، والترمذي في العلم باب ١٣، وابن ماجه في المقدمة باب ٥، وأحمد في المسند ٣/ ٣٩، ٤٦.

(٥) أخرجه أبو داود في الأقضية باب ٣، والترمذي في الأحكام باب ١، وابن ماجه في الأحكام باب ١، وأحمد في المسند ٣/ ١١٨، ٢٢٠.

قال أبو عمر: رَوى ابن عُيَيْنَةَ، عَنْ مِسْعَرٍ، عَنْ محارب بْنِ دثار، قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ: رُدُّوا الخُصومَ حَتَّى يَصْطَلِحُوا، فَإِنَّ قَضاءَ القَاضِي يورثُ الضغَائِنَ بَيْنَ النَّاسِ.

وَعَنْ أَيُّوبَ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ قَالَ: لَمْ أَرَ شُرِيحًا أَصْلَحَ بَيْنَ خصْمَيْنِ قطّ إِلَّا امْرَأَةً اسْتَودَعَها رَجُلٌ شَيْئًا، فَنَقَلَتْ مَتَاعَها، فضاعَ فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمَا.

وَسُفْيانُ، عَنْ مُجالدٍ، عَنِ الشعبيِّ، عَنْ مَسْروقٍ، قَالَ: لأَنْ أَقْضِيَ يَومًا بِالحَقِّ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ عَمَلِ سَنَةٍ.

سُفْيانُ، عَنْ أَبِي إِسْحاقَ، عَنِ الشعبيِّ، عَنْ مَسْرُوقٍ، قَالَ: لأَنْ أَقْضِيَ يَومًا بحقٍّ أَحَبُّ إِليَّ مِنْ عَمَلَ سَنَةً.

سُفْيَانُ، عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ عَنِ الشعبيِّ، عَنْ شريحٍ، قَالَ: كَتَبَ إِلَيَّ عُمَرُ (بْنُ الخطَّابِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ): إِذَا جَاءَكَ أَمْرٌ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَاقْضِي بِهِ، وَلَا يَلْفِتَنَّكَ عَنْهُ الرِّجالُ، فَإِنْ لَمْ تَجِدْهُ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَفِيمَا مَضى مِنْ سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَإِنْ لَمْ تَجِدْهُ فِيما مَضى مِنْ سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَفِيمَا قَضى بِهِ الصَّالِحُونَ، وَأَئِمَّةُ العَدْلِ، فَإِنْ لَمْ تَجِدْ، فَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَجْتَهِدَ رَأْيكَ، وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تُؤامرنِي، وَلَا أَرَى مُؤامَرتكَ، فَإِنِّي لا أسلمُ لَكَ، والسَّلامُ (عَليكَ).

وَرَوَى عِيسى بْنُ دِينارٍ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ، (قَالَ): سُئِلَ مَالِكٌ أَيُجْبَرُ الرَّجُلُ عَلى وِلَايَةِ القَضَاءِ؟ فَقَالَ: لَا، إلا أن (لا) يُوجدَ مِنْهُ عوضٌ، قيلَ لَهُ: أَيُجْبَرُ بِالحَبْسِ، وَالضَّرْبِ؟ قَالَ: نَعَمْ، قِيلَ لَهُ، فَالفُتْيا؟ قَالَ: لَا يَجوزُ الفُتْيا إلا لِمَنْ عَلِمَ مَا اخْتَلَفَ النَّاسُ فِيهِ.

قِيلَ لَهُ: اخْتِلاف (أَهلِ) الرَّأْيِ؟ قَالَ: لَا اخْتِلَافُ أَصْحَابِ مُحمّدٍ ﷺ (ويعلم) النَّاسِخَ، وَالمَنْسُوخَ مِنَ القُرآنِ، وَالحَدِيثِ.

وَقَدْ أَشْبَعْنَا هَذَا المَعْنى فِي كِتَابِ العِلْمِ، وَالحمدُ لِلَّهِ كَثِيرًا.

٢ ـ باب ما جاء في الشهادات

١٣٨٦ ـ مَالِكٌ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَن

١٣٨٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣، من كتاب الأقضية، باب ٢ (ما جاء في الشهادات). وقد أخرجه مسلم في الأقضية، باب ٩ (خير الشهود) حديث ١٩، وأبو داود في الأقضية حديث ٣٥٩٦، والترمذي في الشهادات حديث ٢٢٩٥، ٢٢٩٧، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٣٦٤، وأحمد في المسند ٤/ ١١٥، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ١٥٩.

أَبِيهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ، عَنْ أَبِي عَمْرَةَ الأَنْصَارِيِّ، عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجُهَنِيِّ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَلاَ أُخْبِرُكُمْ بِخَيرِ الشُّهَدَاءِ؟ الَّذِي يَأْتِي بِشَهادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا، أَوْ يُخْبِرُ بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا».

قال أبو عمر: اخْتُلِفَ عَلى مَالِكٍ فِي أَبِي عَمْرَةَ هَذَا فِي إِسْنَادِ هَذَا الحَدِيثِ، فَقَالَ فِيهِ يَحْيى بْنُ يَحْيى، وَابْنُ القَاسِمِ، وَأَبُو مصعبٍ الزهريُّ ومُصْعَبُ الزُّبَيْرِيُّ «عَنْ أَبِي عَمْرَةَ الأَنْصَارِيِّ»، وَقَالَ القعنبيُّ، وَمَعْنُ بْنُ عِيسى، وَيحيى بْنُ بكيرٍ: «عَنِ ابْنِ أَبِي عَمْرَةَ».

(وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ، وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَالِكٍ، وَسَمَّيَاهُ فَقَالا عَنْ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ أَبِي عَمْرَةَ) فَرفعَا الإِشْكَالَ، جَوَّدا فِي ذَلِكَ وَأَصَابَا.

وَبعِيدٌ أَنْ يَرْوِي أَبُو عَمْرَةَ الأَنْصَارِيُّ (مَعَ كِبَرِ سِنِّهِ) عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدِ الجهنيِّ. وَأَمَّا رِوَايَةُ ابْنِهِ عَبْدِ الرَّحمٰنِ بْنِ أَبِي عَمْرَةَ عَنْهُ، فَغَيرُ بَعِيدَةٍ، وَلَا مَرْفُوعَةٍ.

وَعَبْدُ الرَّحمٰنِ بْنُ أَبِي عَمْرَةَ مِنْ خِيَارِ التَّابِعِينَ بَالمَدِينَةِ.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي تَفْسِيرِ هَذَا الحَدِيثِ إِنَّهُ الرَّجُلُ تَكُونُ عِنْدَهُ الشهادَةُ فِي الحَقِّ، يَكُونُ لِلرَّجُلِ، وَلَا يَعْلَمُ بِذَلِكَ قَبْلُ، فَيُخبرُ بِشَهادَتِهِ، وَيَرْفَعُها إِلى السُّلْطَانِ.

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: وَبَلَغَنِي عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعيدٍ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ دُعِيَ لِشهادَةٍ عِنْدَهُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُجِيبَ إِذَا عَلمَ أَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِها الَّذِي يشهدَ لَهُ بِهَا، وَعَلَيهِ أَنْ يُؤَدِّيَها (لَا يَعْلَمُ بِهَا صَاحِبُهَا فَلْيُؤَدِّهَا قَبْلَ أَنْ يُسأَلَ عَنْهَا)، وَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ شهادَةٌ، فَإِنَّهُ كَانَ يُقَالُ: مِنْ أَفْضَلِ الشُّهَدَاءِ شهَادَة رَجُلٍ أَدَّاهَا قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَها.

قال أبو عمر: تَفْسِيرُ مَالِكٍ لِهَذَا الحَدِيثِ حَسَنٌ وَتَفْسِيرُ يَحْيى بْنِ سَعِيدٍ نَحوُهُ، وَأَدَاءُ الشّهادَةِ بِرٌّ وَخيرٌ، وَقِيامٌ بِحقٍّ، فَمَنْ بَدَرَ إِلى ذَلِكَ، فَلَهُ الفَضْلُ عَلى غَيرِهِ مِمَّن لَمْ يَبْدُرِ بِها.

قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿فَٱسْتَبِقُوا۟ ٱلْخَيْرَٰتِ﴾ [المائدة: ٤٨].

وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ رُبَّما نَسِيَ صَاحِبُ الشّهادَةِ شَهادَةَ فَضْلٍ مَعْلُومًا لا يَدْرِي أَيْنَ هُوَ؟ وَلَا مَنْ هُوَ، وَيخافُ ذهابَ حَقِّهِ، فَإِذَا أَخْبَرَهُ الشَّاهِدُ العَدْلُ بِأَنَّ لَهُ شهادَةً عِنْدَهُ فَرَّجَ كَرْبَهُ، وَأَدْخَلَ السُّرُورَ عليهِ.

وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ نَفَّسَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً مِنْ كُربِ الدُّنْيَا، نَفَّسَ

اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الآخرة، وَاللَّهُ فِي عَوْنِ العَبْدِ مَا كَانَ العَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ»[١].

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ عمرَانَ بْنِ الحُصينِ، وَغيرِهِ عَلى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي التَّمهيدِ أَنَّهُ قَالَ ﷺ: «خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُم، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُم، ثُمَّ يَأْتِي قَومٌ يَتَسَمَّنُونَ، وَيُحِبُّونَ السِّمنَ، يُعْطونَ الشَّهادَةَ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلُوهَا»[٢].

وَهَذَا لَيْسَ بِمُعَارِضٍ لِحَدِيثِ مَالِكٍ فِي هَذَا البَابِ.

وَقَدْ فَسَّرَ (إِبْرَاهِيمُ) النخعيُّ هَذَا الحَدِيثَ، فَقَالَ فِيهِ كَلَامًا مَعْنَاهُ: أَنَّ الشَّهادَةَ هَا هُنَا اليَمِينُ، أَيْ يَحلفُ أَحدُهما قَبْلَ أَنْ يُسْتَحْلَفَ، ويَحلفُ حَيْثُ لَا تُرادُ مِنْهُ يَمِينٌ.

وَاليَمِينُ قَدْ تُسَمَّى شهادَةً، قَالَ اللَّهُ تَعَالى (ذكره): ﴿أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦ و٨] أَيْ أَرْبَعَ أَيْمَانٍ.

١٣٨٧ ـ مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحمٰنِ؛ أَنَّهُ قَالَ: قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ العِرَاقِ، فَقَالَ: لَقَدْ جِئْتُكَ لأَمْرٍ مَا لَهُ رَأْسٌ وَلاَ ذَنَبٌ[٣]، فَقَالَ عُمَرُ: مَا هُوَ؟ قَالَ: شَهَادَاتُ الزُّورِ، ظَهَرَتْ بِأَرْضِنَا، فَقَالَ عُمَرُ: أَوَ قَدْ كَانَ ذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لاَ يُؤْسَرُ[٤] رَجُلٌ فِي الإِسْلاَمِ بِغَيْرِ الْعُدُولِ[٥].

قال أبو عمر: أَمَّا شَاهِدُ الزُّورِ، فَقَدْ جَاءَ فِيهِ مَا يَطُولُ ذِكْرُهُ.

مِنْ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ البزارُ، عَنْ عَبادِ بْنِ يعقوبَ، عَنْ محمَّدِ بْنِ فراتٍ، عَنْ مُحَارِبِ بْنِ دِثَارٍ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «شَاهِدُ الزُّورِ لَا (تزولُ) قَدَمَاهُ عَنْ مَوْضِعِهِ الَّذِي شَهِدَ فِيهِ حَتَّى يَتَبَوَّأَ مقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»[٦].

---

(١) أخرجه البخاري في المظالم باب ٣، ومسلم في البر حديث ٥٩، والذكر حديث ٣٨، وأبو داود في الأدب باب ٣٨، ٦٠، والترمذي في الحدود باب ٣، والبر باب ١٩، والقرآن باب ١٠، وابن ماجه في المقدمة باب ١٧، وأحمد في المسند ٢/ ٩١، ٢٥٢، ٢٩٦، ٥٠٠، ٥١٤.

(٢) روي حديث: خير الناس قرني. بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في الشهادات باب ٩، وفضائل أصحاب النبي ﷺ باب ١، والرقاق باب ٧، والأيمان باب ١٠، ٢٧، ومسلم في فضائل الصحابة حديث ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، ٢١٤، ٢١٥، وأبو داود في السنة باب ٩، والترمذي في الفتن باب ٤٥، والشهادات باب ٤، والمناقب باب ٥٦، وابن ماجه في الأحكام باب ٢٧، وأحمد في المسند ١/ ٣٧٨، ٤١٧، ٤٣٤، ٤٣٨، ٤٤٢، ٢/ ٢٢٨، ٤١٠، ٤٧٩، ٤/ ٢٦٧، ٢٧٦، ٢٧٧، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٣٦، ٤٤٠، ٥/ ٣٥٠.

١٣٨٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ١٦٦.

(٣) ما له رأس ولا ذنب: أي ليس له أول ولا آخر.

(٤) لا يؤسر: أي لا يحبس.

(٥) بغير العدول: هم الصحابة الذين جميعهم عدول.

(٦) أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب ٣٢.

وَثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ خُرَيْمِ بْنِ فَاتِكٍ، وغَيرِهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «عُدِلَتْ شِهادَةُ الزُّورِ بالشِّرْكِ باللَّهِ، وَقَرأَ: ﴿فَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَـٰنِ وَٱجْتَنِبُوا۟ قَوْلَ ٱلزُّورِ﴾ [الحج: ٣٠]»[١].

وَأَجْمَعَ العُلَماءُ أَنَّ شَهادَةَ الزُّورِ من الكَبَائِرِ.

١٣٨٨ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لاَ تَجوزُ شَهادَة خَصْمٍ وَلاَ ظَنِينٍ[٢].

قال أبو عمر: حَدِيثُ ربيعةَ هَذَا عَنْ عُمَرَ، وَإِنْ كَانَ مُنْقَطِعًا، فَقَدْ قُلْنَا: إِنَّ أَكْثَرَ العُلَماءِ مِنَ السَّلَفِ قَبلُوا المُرْسَلَ مِنْ أَحَادِيثِ العُدُولِ.

وَقَدْ وَجَدْنَا خَبَرَ رَبِيعةَ هَذَا مِنْ حَدِيثِ (المَسْعُودي)، عَنُ القَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمٰنِ، قالَ: قَالَ: عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ: لَا يُؤْسَرُ رَجُلٌ فِي الإِسْلَامِ يَشهدُ الزُّورَ.

وَمعنَى يُؤْسَرُ أَيْ يُحْبَسُ؛ لِنُفوذِ القَضَاءِ عَليهِ.

فَهَذَا الحَدِيثُ عَنْ عُمَرَ، عِنْدَ المَدَنِيِّينَ، وَالكُوفِيِّينَ (وَالبَصْرِيِّينَ).

وَالمَسْعُودِيّ هَذَا هُوَ مِنْ ثِقَاتِ مُحَدِّثِي الكُوفَة، وَهُوَ عَبْدُ الرَّحمٰنِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عتبَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، يَقُولُونَ: إِنَّهُ كَانَ أَعْلَمَ النَّاسِ بعلم ابْنَ مَسْعُودٍ وَاخْتَلَطَ فِي آخِرِ عُمْرِهِ، وَرَوَى عَنْ جَماعَةٍ مِنْ جِلَّةِ أَهْلِ الكُوفَةِ، مِنْهُم: الحَكَمُ بْنُ عُتيبةَ، وحَبيبُ بْنُ أَبِي ثَابِتٍ، وَعَلِيُّ بْنُ مدركٍ، وَرَوى عَنْهُ جَماعَةٌ مِنْهم شُعْبَةُ والثوريُّ، ووكيع، وأَبُو نعيمٍ، وَأَخُوهُ أَبُو العُميسِ، وَاسْمُهُ عتبةُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعودٍ (ثِقَةٌ) أيضًا.

وَحَدِيثُ ربيعةَ هَذَا يَدُلُّ على أَنَّ عُمَرَ رَجعَ عَنْ قَولِهِ، وَمَذْهَبِهِ الَّذِي كَتَبَ بِهِ إِلى أَبِي موُسى، وَغَيرِهِ مِنْ عُمَّالِهِ. (وَهُوَ خَبَرٌ لَا يَأْتِي إِلا عَنْ أَهْلِ البَصْرَةِ. نُخْرِجُهُ عَنْهُم، وَهُوَ قَولُهُ): «المُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَيْنَهُم»، أَو قَالَ: «عُدُولٌ بَعْضُهم عَلى بَعْضٍ إِلا خَصْمًا، أَو ظَنِينًا».

وَقَدْ كَانَ الحَسَنُ البصْريُّ، وَغَيرُهُ يَذْهَبُ إِلى هَذَا مِنْ قَولِ عُمَر، فَيَقبلُ شَهادَةَ كُلِّ مُسْلِم عَلى ظَاهِرِ دِينِهِ، وَيقولُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيهِ: دُونَكَ فَتخرجُ إِنْ وَجَدَتْ مَنْ يَشْهَدُ لَكَ، فَإِنِّي قَدْ قَبلْتَهم فِيما شَهدُوا بِهِ عَلَيك.

---

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية باب ١٥، والترمذي في الشهادات باب ٣، وابن ماجه في الأحكام باب ٣٢، وأحمد في المسند ٤/ ١٧٨، ٢٣٣، ٣٢١، ٣٢٢.

١٣٨٨ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم بعد الحديث ٤، من الكتاب والباب السابقين.

(٢) ظنين: أي متهم.

وَهَذَا المَذْهَبُ عَنْ عُمَرَ مَشْهُورٌ.

قَرأْتُ عَلى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ـ مُحمَّدِ بْنِ إبْرَاهِيمَ ـ حَدَّثَكُم مُحمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحيى، قَالَ: حدَّثَنا محمَّدُ بْنُ أيُوبَ، قَالَ: حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الخَالِقِ البزار، قَالَ سَمِعْتُ أَبِي يَقُولُ: حدَّثَني فضيلُ بْنُ عَبْدِ الوَهَّابِ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو معشرٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي بُرْدَةَ عَنْ أَبِيهِ ـ أَبِي بُرْدَةَ بْنِ أَبِي مُوسى الأشعريِّ، قَالَ كَتَبَ عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ إلى أَبِي مُوسى الأَشْعَرِيِّ: اعْلَمُوا أَنَّ القَضَاءَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ، وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ فَالفَهْمَ الفَهْمَ إذَا اخْتصَمَ إليكَ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ تَكلُّمٌ بِحَقٍّ لا نَفَاذَ لَهُ آسِ بَيْنَ النَّاسِ فِي وَجْهِكَ حَتَّى لَا يَيْأسَ ضَعِيفٌ مِنْ عَدْلِكَ، وَلَا يَطْمَعَ شَرِيفٌ فِي جَورِكَ، وَالمُسْلِمُونَ عُدُول بَعْضِهِم عَلَى بَعْضٍ، أَلَّا خَصْمًا أَو ظَنِينًا مُتَّهَمًا، وَلَا يَمْنَعُكَ قَضَاءٌ قَضَيْتَهُ اليَومَ رَاجَعْتَ فِيهِ نَفْسَكَ غَدًا، أَنْ تَعُودَ إلى الحَقِّ فَإِنَّ الرُّجُوعَ إلى الحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي البَاطِلِ، وَاعْلَمْ أَنَّهُ مَنْ تَزَيَّنَ لِلنَّاسِ بِغَيْرِ مَا يَعلَمُ اللَّهُ شَانَهُ اللَّهُ، وَلَا يضيعُ عاملُ اللَّهِ فَما ظَنُّكَ بِثَوَابِ اللَّهِ فِي عَاجِلِ رِزْقِهِ، وَجزاءِ رَحْمَتِهِ[١].

وَأَخْبَرنا عَبْدُ الوَارِثِ، قَالَ: حَدَّثَنِي القَاسِمُ، قَالَ: حَدَّثَنِي الخشنيُّ، قَالَ: حَدَّثَنِي ابْنُ أَبِي عُمَرَ العَدَنِي، قَالَ: حَدَّثَنِي سُفْيَانُ، عَنْ إدْرِيسَ بْنِ يزيدَ الأَودِيِّ، عَنْ سَعِيد بْنِ أَبِي بَردَةَ، عَنْ أَبِي مُوسى الأَشْعَرِيِّ، عَنْ أَبِيهِ (قَالَ: كَتَبَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ (إلى أَبِي مُوسى الأَشْعَرِيِّ): أَمَّا بَعْدُ، فَإِنَّ القَضَاءَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ، وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ، فَافْهَمْ إذَا أُولِي إلَيكَ، فَإِنَّهُ لا يَنْفَعُ تَكَلُّمٌ بِحَقٍّ لانَفَاذَ لَهُ آسِ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَجْلِسِكَ، وَوَجْهِكَ وَعَدْلِكَ حَتَّى لَا يَطْمَعَ شَرِيفٌ فِي حيفِكَ، وَلَا يَيْأَسُ ضَعِيفٌ مِنْ عَدْلِكَ، الفَهْمَ الفَهْمَ فِيما تَلَجْلَجَ فِي صَدْرِكَ لَيْسَ فِي كِتَابٍ، وَلا سُنَّةٍ، ثُمَّ قِسِ الأُمُورَ بَعْضَها بِبَعْضٍ، ثُمَّ انْظُرْ أَشْبَهَهَا بِالحَقِّ، وَأَحَبَّها إلى اللَّهِ تَعالى، فَاعْمَلْ بِهِ، وَلَا يَمْنَعَنَّكَ قَضَاءٌ قَضَيْتَ بِهِ اليَومَ، رَاجَعْتَ فِيهِ نَفْسَكَ، وهَدِيتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ أَنْ تُرَاجعَ الحَقَّ، فَإِنَّ الحَقَّ قَدِيمٌ لا يبطلُهُ شَيْءٌ، وَإِنَّ مراجَعَةَ الحقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي البَاطِلِ، اجْعَلْ لِمَنْ ادَّعَى حَقًّا غَائِبًا، أو بيِّنَةَ أَمَداً يَنْتَهِي إلَيهِ، فَإِنْ أَحْضَرَ بَيِّنَتَهُ إلَى ذَلِكَ أَخَذْتَ لَهُ حَقَّهُ، وَإلا أَوجَبْتَ عَلَيْهِ القَضَاءَ، فَإِنَّهُ أَبْلَغُ لِلعُذْرِ، وَأَجْلَى لِلعَمَى.

الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ إلا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَو أَحَلَّ حَرامًا، وَالنَّاسُ عُدُولٌ بَعْضُهم عَلَى بَعْضٍ إلَّا مَجْلُوداً فِي حَدٍّ، أَو مِجرَّبًا عليه شَهَادَةُ زُورٍ، أَو ظنينًا فِي وَلَاءٍ أَو قَرَابَةٍ، فَإِنَّ اللَّهَ قَدْ تَولَّى مِنكُمُ السَّرَائِرَ وَدَفَعَ عَلَيكُم بَالبَيِّنَاتِ، ثُمَّ أَيَّاكَ،

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١١/ ٣١٩، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ١٣٥.

وَالقَلَقَ، وَالضَّجَرَ وَالتَّأَذِّيَ بِالنَّاسِ، وَالتَّنَكُّرَ لِلْخُصُومِ الَّتِي يرى اللَّهُ فيها الأجرَ، ويحسنُ فيها الذِّكْرُ، فَمَنْ خلصتْ نِيَّتُهُ كَفَاهُ اللَّهُ ما بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ، ومَنْ تزيَّنَ لِلنَّاسِ بِما يَعْلَمُ اللَّهُ مِنْهُ غيرهُ شَانَهُ اللَّهُ، فَمَا ظَنُّكَ بِثَوَابِ اللَّهِ فِي عَاجِلِ رِزْقِهِ، وَخَزَائِنِ رحْمَتِهِ، وَالسَّلَامُ عَلَيْكَ وَرَحْمَةُ اللَّهِ.

وَهَذَا الخَبرُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ (بْنِ الخَطَّابِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) مِنْ وُجُوهٍ (كَثِيرَةٍ) مِنْ رِوَايَةِ أَهْلِ الحِجَازِ، وَأَهْلِ العِرَاقِ، وَأَهْلِ الشَّامِ، ومَصْرِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ.

قال أبو عمر: قَدْ كَانَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ يَذْهَبُ نحو مَذْهَبِ الحَسَنِ.

قَالَ اللَّيْثُ: أَدْرَكْتُ النَّاسَ، لَا يُلْتَمَسُ مِنَ (الشَّاهِد) تزْكِيَةٌ، إِنَّما كَانَ الوَالِي يَقُولُ للخصْمِ إِذَا كَانَ عِنْدَكَ مِنْ تَجرحُ شهادَتَهم (فَأْتِ بِهِمْ، وَإِلَّا أَجَزْنَا شَهَادَتَهُم) عَلَيْكَ.

قال أبو عمر: فِي قَولِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وَقولُهُ: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] دَلِيلٌ عَلى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُقْبَلَ إِلَّا العَدْلُ الرَّضِيُّ وَأَنَّ مَنْ جُهِلَتْ عَدَالَتُهُ لَمْ تَجزْ شهادَتُهُ حَتَّى تُعْلَمَ الصِّفَةُ (المُشْتَرَطَةُ).

وَقَدِ اتَّفَقُوا فِي الحُدُودِ، وَالقصَاصِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شهادَةٍ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

وَاخْتَلَفَ الفُقَهَاءُ فِي (المَسْأَلَةِ عَنِ) الشُّهُودِ الَّذِينَ لَا يَعْرِفُهم القَاضِي.

فَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَقْضِي (القَاضِي) بِشهادَتِهِمْ حَتَّى يَسْأَلَ عَنْهُم فِي السِّرِّ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَسْأَلُ عَنْهُم فِي السِّرِّ، فَإِذَا عُدِّلُوا سَأَلَ عَنْ تَعْدِيلِهم عَلَانِيَةً؛ لِيَعْلَمَ المعدلَ سِرًّا، أَحَقُّ ذَاكَ، أَمْ لَا؛ لأَنَّهُ وَافَقَ اسْمٌ اسْمًا. وَنَسَبٌ نَسَبًا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ (فِي السِّرِّ) إِلَّا أَنْ يَطْعَنَ فِيهم الخصْمُ إِلَّا فِي الحُدُودِ، وَالقصَاصِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يسألُ عَنْهُم فِي السِّرِّ، والعَلَانِيَةِ، وَيزكِّيهم فِي العَلَانِيَةِ، وَإِنْ لَمْ يَطْعَنْ عَلَيهم الخصْمُ.

وَرُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ عَاصِمٍ، عَنْ ابْنِ شُبرمَةَ، قَالَ: أَوَّلُ مَنْ سَأَلَ فِي السِّرِّ إِذَا كَانَ الرَّجُلُ يَأْتِي بِالقَومِ إِذَا قِيلَ لَهُ: هَاتِ مَنْ يُزَكِّيكَ، فَيَسْتَحي القَومُ مِنهُ، فَيُزَكُّونَهُ، فَلَمَّا رَأَيْتُ ذَلِكَ فِي السِّرِّ، فَإِذَا صَحَّتْ شهادَتُهُ، قُلْتُ: هَاتِ مِنْ يُزَكِّيكَ فِي العَلَانِيَةِ.

٣ ـ باب القضاء في شهادة المحدود

١٣٨٩ ـ مالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَغَيْرِهِ أَنَّهُمْ سُئِلُوا: عَنْ رَجُلٍ جُلِدَ الْحَدَّ، أَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ؟ فَقَالُوا: نَعَمْ. إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ التَّوْبَةُ.

مَالِكٌ؛ أَنَّهُ سمعَ ابْنَ شِهابٍ يُسْأَلُ عَنْ ذلِكَ. فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ سُلَيْمانُ بْنُ يَسَارٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا، وَذلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَـٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [النور: ٤، ٥].

قَالَ مَالِكٌ: فَالأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الَّذي يُجْلَدُ الْحدَّ ثُمَّ تَابَ وَأَصْلَحَ، تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، وَهُوَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذلِكَ.

قال أبو عمر: هَذَا يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ قَدْ سَمِعَ الاخْتِلافَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ.

قال أبو عمر: ذَهَبَ ابْنُ وَهْبٍ فِي «مُوَطَّئِهِ» إِلى مَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ عَلى حَسبِ مَا ذَكَرْتُهُ هُنَا، ثُمَّ قَالَ: أَخْبَرَنِي مخرمَةُ بْنُ بكيرِ بْنِ الأَشَجِّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ سُلَيمانَ بْنِ يَسَارٍ، وَابْنِ قُسَيْطٍ مِثْلَهُ فِي شهادَةِ المُفْتَرِي فَدَلَّ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ وَهْبٍ عَلى أَنَّ مَالِكاً أَخَذَهُ بِذَلِكَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ عَنْ مخرمَةَ بنِ بكيرٍ، أَنَّهُ مَنْ كُتُبِ أَبِيهِ بكيرٍ، وَقَدْ كَانَ مَالِكٌ يَسْتَعِيرُهَا مِنْهُ كثيراً، وَيَقُولُ: كَانَ بكيرٌ مِنْ عُلَمَاءِ النَّاسِ.

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: وَأَخْبَرَنِي مَالِكٌ، واللَّيْثُ، وَيُونُسُ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ بِمِثْلِهِ ـ يَعْنِي مَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ عَنْهُ.

قَالَ: وَأَخْبَرَنِي اللَّيْثُ أَنَّهُ سَأَلَ يحيى بْنَ سَعِيدٍ، وَربيعةَ عَنِ المَحْدُودِ إذا تَابَ، أَتجُوزُ شِهَادَتُهُ؟ فَقَالَا: إِذَا تَابَ جَازتْ شِهادَتُهُ.

قَالَ: وَأَخْبَرَنِي اللَّيْثُ، عَنْ تَوْبَةَ بْنِ نمرِ الحضرميِّ القَاضِي بِمْصرَ كَانَ يردُّ شَهادَةَ القَذفِ، وَإِنْ تَابَ.

قَالَ اللَّيْثُ: فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِيَحْيى بْنِ سَعِيدٍ، وَابْنِ شِهابٍ، وَربيعةَ، فَكُلُّهُم رَأى أَنَّ مَنْ تَابَ مِنَ الحُدُودِ كُلِّها جَازَتْ شهادتُهُ.

قَالَ اللَّيْثُ: وَهُوَ أَحبُّ إِلَيَّ.

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: وَحَدَّثَنِي خَالِدُ بْنُ يَزِيدَ، عَنِ ابْنِ قسيطٍ أَنَّهُ قَالَ شَهادَةُ الزَّانِي،

١٣٨٩ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ٣ (القضاء في شهادة المحدود) من كتاب الأقضية.

والسَّارِقِ جَائِزَةٌ، وَإِنْ أُقِيمَ عَلَيْهِما الحَدُّ إِذَا رُأيَ مِنْهُما إِقْبَالٌ عَلى الخَيرِ، وَتَوبَةٌ حَسَنَةٌ.

قال أبو عمر: قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمعَ فِي شَهادَةِ المَحْدُودِ، وَالمَحْدُودِ فِي القَذْفِ، وَسَائِرِ الحُدُودِ عِندَهُ سَوَاءٌ - تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِذَا تَابَ، وَحَسُنَتْ تَوبَتُهُ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَولِهِ أَنَّهُ لَا اخْتِلَافَ فِيه عِنْدَهُم.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: لَا أَعْلَمُ خِلافاً بَيْنَ أَهْلِ الحَرَمَيْنِ فِي أَنَّ القَاذِفَ إِذَا تَابَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ.

قال أبو عمر: قَولُ مَالِكٍ هَاهُنا فِي شَهادَةِ المَحْدُودِ أَنَّها تُقبَلُ إِذَا تَابَ - معْنَاهُ عِنْدَهُ فِي المَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِهِ أَنَّهُ لاَ تُقْبَلُ فِيمَا حدَّ فِيهِ - قَذْفاً كَانَ أو غَيرَهُ - وَتُقْبَلُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ إِذَا كَانَ عَدْلاً، وَحَسُنَتْ حَالَتُهُ.

هَذِهِ رِوَايَةُ ابْنِ القَاسِمِ، وَغَيرِهِ عَنْهُ.

وَهُوَ قَولُ ابْنِ الماجشُونِ، وَمُطرفٍ، وَسَحْنُونُ؛ لأَنَّهُ يتَّهَمُ فِي ذَلِكَ.

وَرَوى عَنْهُ ابْنُ نَافِعٍ أَنَّهُ إِذَا حَسُنَتْ حَالَتُهُ قُبِلَتْ شهادَتُهُ فِي كُلِّ شَيْءٍ.

وَبِهِ قَالَ ابْنُ نَافعٍ، وَابْنُ كنانَةَ.

وَذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الحَكَم، عَنْ مَالِكٍ.

وَبِهِ يَقُولُ سَائِرُ أَئِمَّةِ الفُتْيَا أَنَّ الحدُودَ إِذَا تَابَ قُبِلَتْ شهادَتُهُ فِي كُلِّ مَا شَهدَ بِهِ.

وَمِمَّنْ قَالَ: إِنَّ القَاذِفَ إِذَا تَابَ وَأَصْلَحَ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ: ابْنُ عَبَّاسٍ، وَعَطَاءُ.

وَرِوَايَةٌ عَنِ ابْنِ جبيرٍ، ذكرهَا ابْنُ المُبَارِك عَنْ يعقوبَ، عَنْ مُحمَّدِ بْنِ زَيدٍ، عَنْهُ قَالَ: تَجوزُ شَهادَةُ القَاذِفِ إِذَا تَابَ.

وَرِوَايَةٌ عَنْ مُجاهِدٍ ذَكَرَ الشَّافِعِيُّ، قَالَ: حَدَّثني إِسْماعِيلُ بْنُ عليَّةَ، عَنِ ابْنِ أَبي نجيحٍ فِي القَاذِفِ إِذَا تَابَ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ.

وَقَالَ: كُلُّنَا نَقُولُهُ، قُلْتُ: مَنْ؟ قَال: عَطَاءٌ، وَطَاوُسٌ، وَمُجَاهِدٌ.

وَرِوَايَةٌ عَنْ عكرمَةَ رَوَاهَا يَزِيدُ بْنُ زريعٍ، عَنْ يُونُسَ بْنِ عبيدٍ، عَنْ عكرمَة أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي القَاذِفِ: إِذَا تَابَ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ.

وَهُوَ قَولُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ. وَبِهِ يَقْضِي، وَيَكْتُبُ إِلى البلْدَانِ.

وَقَالَ بِهِ مِنْ أَهْلِ العِرَاقِ مَسْرُوقٌ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُتَبَة، والشَّعبيُّ، وَمُحاربُ بْنُ دِثَارٍ.

وَإِليهِ ذَهَبَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعيُّ، وَأَصْحابُهما، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحَاقُ، وَأَبو عُبيدٍ، وَأَبو ثورٍ.

وَاخْتَلَفَ القَائِلُونَ بِهذِهِ المقالَةِ فِي تَوْبَةِ القَاذِفِ إذَا حُدَّ مَا هِيَ؟ فَقَالَ مَالِكٌ: إِذَا تَابَ، وَأَصْلَحَ، وَحَسُنَتْ حَالُهُ قُبِلَتْ شهادَتُه، أَكْذَبَ نَفْسَهُ، أو لَمْ يُكَذِّبْ.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: تَوْبَتُهُ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ بلِسَانِه، كَما كَانَ القَذْفُ بِلِسَانِهِ.

وَكَذَلِكَ المُرْتَدُّ كَانَ كُفْرُهُ بِلِسَانِهِ، فَلَا تُقْبلُ تَوْبَتُهُ إلا بالإِيمانِ حَتَّى يَنْطق بِها بِلِسَانِهِ.

وَقَالَ إِسْمَاعِيلُ بنْ إِسْحاقَ: إِنَّما تفترقُ تَوبةُ المَحْدُودِ فِي القَذْفِ، وَتَوبَةُ غَيرِهِ مِنَ المَحْدُودِينَ أَنَّ تَوْبَةَ القَاذِفِ، لَا تَكُونُ حَتَّى يُكَذِّبَ نَفْسَهُ، وَإِكْذَابُهُ كَلَامٌ يتكلَّمُ بِهِ، وَإِذَا تَكَلَّمَ بِهِ، وَأَصْلَحَ فِي حَالِهِ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ، وَلَيْسَ سَائِرُ المَحْدُودِينَ كَذَلِكَ.

قال أبو عمر: قَولُ إِسْمَاعِيلَ هَذَا كَقَولِ الشَّافِعِيِّ (سَواءٌ).

وَهُوَ قَولُ عُمَرَ (بْنِ الخطَّابِ) فِي جَمَاعَةِ الصَّحَابَةِ مِنْ غَيرِ نكيرٍ.

وَرَوى (سُفْيانُ) بْنُ عُيينَةَ عَنْ الزُّهريِّ عَنْ (سَعِيدِ) بْنِ المُسَيَّبِ، عَنْ عُمَرَ (بنِ الخطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) - أَنَّهُ قَالَ لأَبِي بكْرة: إِنْ تُبْتَ قَبْلتُ شَهادَتُك، فَأبى أَبُو بكْرَةَ أَنْ يكذبَ نَفْسَهُ.

وَرَوى (مُحمدُ) بْنُ إِسْحاقَ عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ (سَعِيدِ) بْنِ المُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ (بْنَ الخطَّابِ) جَلَدَ أَبَا بكْرةَ، وَنَافِعَ بْنَ الحَارِثِ، وَشبلَ بْنَ معبدٍ.

فَأَمَّا هَذَانِ فَتَابَا، وَقَبِلَ عُمَرُ شَهادَتَهما، وَاسْتَتَابَ أَبَا بكْرَةَ، فَأَبى، وَأَقَامَ عَلى قَولِهِ، فَلَمْ يَقْبلْ شهادَتَهُ وَكَانَ أَفْضَلَ القَومِ.

وَرَوى الزُّهريُّ، وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ ميسرةَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، قَالَ: شَهدَ عَلى المُغِيرَةِ ثَلاثَةُ رِجَالٍ وَنكَل زِيادٌ، فَجَلَدَ عُمَرُ الثَّلاثَةَ، وَقَالَ لَهُم: تُوبُوا، تُقْبَلْ شَهادَتُكُمْ، فَتَابَ رَجُلَانِ، وَأَبى أَبُو بَكْرَةَ، فَلَمْ تُقْبَلْ شهادَتُهُ حَتَّى مَاتَ.

قَالَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مَيْسَرَةَ فِي حَدِيثِهِ، وَكَانَ قَدْ عَادَ مِثْلَ النَّصلِ مِنَ العِبَادَةِ.

وَفِي حَدِيثِ الزُّهريِّ، قَالَ: وَكَانَ أَبُو بكْرَةَ أَخَا زِيَادٍ لأُمِّهِ، فلمَّا كَانَ مِنْ أَمْرِهِ مَا كَانَ، حَلفَ أَبُو بَكْرَةَ أَلَّا يُكَلِّمَهُ أبداً، فَلَمْ يُكَلِّمْهُ حَتَّى مَاتَ.

قَالَ الزُّهريُّ: تَوْبَتُهُ أَنْ يُكذبَ نَفْسَهُ.

ذَكرَ الخَبرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[1] عَنْ مُحمدِ بْنِ مُسْلِمٍ الطائفيِّ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْسَرةَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، (وَعَنْ معمرٍ، عَنْ الزُّهريِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ).

---

(١) المصنف ٧/ ٣٨٤.

وَروى ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ يُونُسَ بْنِ يَزِيدَ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، قَالَ: وَقَدْ أجازَ عُمَرُ شَهادَةَ مَنْ تَابَ مِنَ الَّذِينَ شَهِدُوا عَلى المُغيرَةِ، وَأَبْطَلَ شَهادَةَ مَنْ لَمْ يَتُبْ.

وَمِمَّنْ قَالَ إنَّ تَوْبَةَ القَاذِفِ إِذَا جُلِدَ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ: طَاوُسٌ، وَعَطَاءٌ، وَ (سَعِيدُ) ابْنُ المُسَيَّبِ، وَالشَّعبيُّ، وَ (ابْنُ شِهابٍ) الزُّهريُّ.

قَالَ مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، قَالَ: تَوْبَتُهُ أَنْ يُكذِّبَ نَفْسَهُ.

وَقَالَهُ الزُّهريُّ.

(وَبِهِ قَالَ) أحمَدُ، وَإِسْحاقُ، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَأَبُو عُبيدٍ.

وَقَالَ (سُفْيَانُ) الثَّوريُّ، وَأَبُو حَنيفَةَ، وَأَصْحابُهُ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ العِرَاقِ: لَا تُقْبَلُ شهادَةُ القَاذِفِ أبداً تَابَ، أو لَمْ يَتُبْ؛ لِقَولِ اللَّهِ تَعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤].

وَقَالُوا: تَوْبَتُهُ فِيما بَيْنَهُ، وَبَيْنَ رَبِّهِ.

وَالاستِثْناءُ عِندَهُم فِي قَولِهِ: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [آل عمران: ٨٩] رَاجِعٌ إِلى قَولِهِ: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [آل عمران: ٨٩] لاَ إِلى قبولِ الشَّهادَةِ.

وَمِمَّنْ قَالَ: لَا تُقبَلُ شَهادَةُ القَاذِفِ المَجْلُودِ أبداً: شُرَيحٌ القَاضِي.

رُوِيَ ذَلِكَ عَنْهُ مِنْ وُجُوهٍ. وَبِهِ قَالَ (إبْرَاهِيمُ) النخعيُّ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبي سُليمانَ، وَالحَكَمُ بْنُ عُتَيْبَةَ، وَمُعَاوِيَةُ بْنُ قُرَّةَ، وَمَكْحُولٌ.

وَرِوَايَةٌ عَنْ سَعِيدِ (بْنِ المُسَيَّبِ، وَالحَسَنِ، رَوَاهَا حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، عَنْ قتادَةَ، عَنْهُما.

وَمَا تَقَدَّمَ) عَنْ سَعِيدٍ مِنْ روايةِ الزُّهريِّ، وَإِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْسَرَةَ أَثْبتُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ رَوى سَعِيدُ بْنُ أَبِي عروبَةَ، عَنْ قَتادَةَ [عَنِ الحَسَنِ، قَالَ: لا تُقْبَلُ شهادَةُ القَاذِفِ أبداً، وَتَوْبَتُهُ فِيمَا بَيْنَهُ، وَبَيْنَ رَبِّهِ.

وَرِوَايَةٌ] عَنْ عكرِمَةَ خِلافُ مَا تَقَدَّمَ عَنْهُ، رَوَاهَا يَعلى بْنُ حكيمٍ (عَنْهُ).

وَرِوَايَةٌ عَنِ (ابْنِ شِهَابٍ) الزهريِّ، رَوَاهَا ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ يُونُسَ، (عَنِ ابْنِ شِهابٍ)، قَالَ: إِذَا جُلِدَ قَاذِفُ الحُرِّ أَوِ الحُرَّةِ لَمْ تُقْبَلْ (لَهُ شَهادَةٌ حَتَّى يَمُوتَ.

وَقَدْ يحتملُ قَولُ ابْنِ شِهابٍ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ لَمْ تُقْبَلْ شهادَتُهُ أبداً) حَتَّى يُكَذِّبَ نَفْسَهُ، لَا يَنْفَعُهُ غَيرُ ذَلِكَ مِنْ حَالِهِ وَبِهذَا تَتَفِقُ الرِّوَايَاتُ عَنْهُ؟ لأنَّ الثِّقَاتَ قَدْ نَصُّوا عَنْهُ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ لَهُ شَهادَةٌ حَتَّى يُكَذِّبَ نَفْسَهُ.

وَقَدْ رُوِيَ فِي حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شعيبٍ، عَنْ أبيهِ، عَنْ جَدِّهِ، قَالَ: «لَا تَجُوزُ شَهادَةُ مَحْدُودٍ، وَلا مَحْدُودَةٍ فِي الإِسْلام»(١).

وَقَدْ رُوِيَ هَذا الحَدِيثُ مَرْفُوعاً، لكنَّهُ لَمْ يَرْفَعْهُ مَنْ رِوَايَتِهِ حجَّة.

وَذَكَرَ أَبُو يَحيى الساجيُّ، قَالَ: حَدَّثني محَمدُ بْنُ المثنَّى، قَالَ: حَدَّثَنِي الوَلِيدُ، عَنِ الأَوْزَاعِيِّ، وَابْنُ جابِرٍ، وَسَعِيدُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ، عَنْ مَكْحُولٍ، قَالَ: الحُرُّ إِذَا جُلِدَ الحَدَّ فِي الفِرْيَةِ لَمْ تُقْبَلْ شَهادَتُهُ أبداً، وَالعَبْدُ إِذَا جُلِدَ حَدّاً فِي فريَةٍ على حُرٍّ، أو حُرَّةٍ لَمْ تُقْبَلْ شهادَتُهُ أبداً؛ [لِقَولِ اللَّهِ تَعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]].

قَالَ: فَأمَّا اليَهُودِيُّ، وَالنَّصْرَانِيُّ إِذَا جُلِدَا حَدَّ الفِرْية [على الحُرِّ المُسْلِم]، ثُمَّ أَسْلَمَا قُبِلَتْ شَهادَتُهما.

وَاخْتَلَفُوا فِي شَهادَةِ القَذِفِ إِذَا شَهِدَ قَبْلَ أَنْ يُجْلَدَ:

فَروى ابْنُ وَهْبٍ، وَغَيرُهُ، عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ تُقْبَلُ شَهادَتُهُ مَا لَمْ يُجْلَدْ.

وَبِهِ قَالَ ابْنُ القَاسِمِ، وَأَشْهَبُ.

وَهُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابِهِ.

قال أبو عمر: لأنَّهُ عَلى أَصْلِ عَدَالَتِهِ، وَرُبَّمَا أقَامَ البَيِّنةَ بِما قَالَ، أو اعْتَرَفَ لَهُ مَقْذُوفه، وهُو حَقٌّ لا يَجِبُ إلا حِينَ يَطْلُبُهُ صَاحِبُهُ فَلا وَجْهَ لإِسْقَاطِ شَهادَتِهِ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

وَقَالَ اللَّيْثُ، والشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُهُ، وَهُوَ قَولُ عَبْدِ الملك بْنِ عَبْدِ العَزِيز بْنِ الماجِشُونِ: لا تُقْبَلُ شَهادَةُ القَذِفِ قَبْلَ الجَلْدِ وَلَا بَعْدَهُ إِذَا قذفَ حُرّاً مُسْلِماً، إِلَّا أَنْ يَتُوبَ.

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: سَمِعْتُ اللَّيْثَ بْنَ سَعْدٍ يُسألُ عَنِ القَاذِفِ يَشْهَدُ قَبْلَ أَنْ يُضْرَبَ الحَدَّ، هَلْ تَجوزُ شَهادَتَهُ؟ فَقَالَ: إِذَا قَذَفَ لَمْ تُقْبَلْ لَهُ شَهادَةٌ حَتَّى يَتوبَ (ضُرِبَ) الحدَّ أو عُفِيَ عَنْهُ ذَلِكَ سَوَاءٌ.

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: وَخَالَفَهُ مَالِكٌ، فَقَالَ: شَهادَتُهُ جَائِزَةٌ مَا لَمْ يُضْرَبِ الحَدَّ، فَإِنْ ضُرِبَ، سَقَطَتْ شَهادَتُهُ حَتَّى يَتُوبَ تَوْبَةً ظَاهِرَةً.

قَالَ الشَّافعيُّ: هُوَ قَبْلَ أَنْ يحدَّ شرٌّ مِنْهُ بعد؛ لأَنَّ الحُدُودَ كَفَّارَاتٌ، فَكَيْفَ تُقْبَلُ شهادَتُهُ فِي شَرِّ حَالَتَيْهِ، وَتُرَدُّ فِي (أَحْسَنِ حَالَتَيْهِ).

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب ٣٠، وأحمد في المسند ٢/٢٠٨، ولفظ الحديث عند ابن ماجه: لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الإسلام، ولا ذي غمر على أخيه.

قال أبو عمر: إنَّما جَعَلَ اللَّهُ الَّذِينَ يَرْمُونَ المُحْصَنَاتِ فَاسِقِينَ بِرَمْيِهِمْ لَهُنَّ لا بجَلْدِهِمْ وَالمُحصنُونَ فِي حُكْمِ المُحْصناتِ بِإِجْمَاعٍ (وكذلك) وَكُلُّ مُؤْمِنٍ مَحْمُولٌ عَلى العَفَافِ حَتَّى يَصِحَّ غَيرُهُ وَقَذْفُ المُؤْمِنِ مِنَ الكَبَائِرِ فَمَنْ قَذَفَهُ سَقَطَتْ شَهادَتُهُ حَتَّى تَصِحَّ بَرَاءَتُهُ وَاللَّهُ أعْلَمُ، وَباللَّهِ التَّوفِيقُ.

٤ ـ باب القضاء باليمين مع الشاهد

١٣٨٩م ـ مَالِكٌ، عَنْ جَعْفَر بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيه؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

قال أبو عمر: هَكَذَا هَذَا الحَدِيثُ فِي المُوَطَّإِ مُرْسَلٌ عِنْدَ جَمِيعِ (الرُّوَاة).

وَقَدْ رَوَاهُ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ مُسْنَداً جَمَاعَةٌ ثِقَاتٌ، مِنْهُمْ: (عُبَيْدُ الله) بْنُ عُمَرَ، وَعَبْدُ الوهَّابِ (بْنِ عَبْدِ المَجِيدِ) الثقفيُّ، وَمُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الرحمنِ بْنِ ردَّاد المدنيُّ، وَيَحْيى بْنُ سليم الطائفيُّ، وإبْرَاهِيمُ بْنُ أَبِي حيَّة، كُلُّ هَؤُلَاءِ رَووهُ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أبيهِ، عَنْ جَابِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَقَدْ ذَكَرْنا الأَسَانِيدَ عَنْهُمْ بِذَلِكَ فِي التَّمهِيدِ.

[وَرَوَاهُ «سفيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ»، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمدٍ، عَنْ أبيهِ مُرْسَلاً، كَما رَوَاهُ مَالِكٌ].

وَرَوَاهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ أيضاً، عَنْ خَالِدِ بْنِ أَبِي كريمةَ، سَمِعَ أَبَا جَعْفَرٍ ـ مُحَمَّدَ بْنَ عَلِيِّ بْنِ حُسينٍ ـ يَقُولُ: قَضى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِشَهادَةِ الشَّاهِدِ، وَيَمِينِ المُدَّعِي.

[وَكَذَلِكَ رَواهُ الحَكَمُ بْنُ عُتَيْبَةَ، وَعَمرُ بْنُ دِينَارٍ، جَمِيعاً، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ مُرْسَلاً.

وَفِي اليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ (آثَارٌ) مَرْفُوعَةٌ حِسَانٌ أَصَحُها حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ، رُوَاةُ كُلُّهَا ثِقَاتٌ أثْبَاتٌ، رَوَاهُ سَيْفُ بْنُ سُليمانَ المَكِّيُّ عَنْ قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ المكيِّ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى] بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

وَقَدْ ذَكَرْناه مِنْ طُرُقٍ عَنْ سَيْفِ بْنِ سُليمانَ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَقَالَ يَحَيى القَطَّانُ: سَيْفِ بْنُ سُليمانَ ثَبتٌ مَا رَأَيْتُ أَحْفَظَ مِنْهُ.

١٣٨٩ م ـ الحديث في الموطأ برقم ٥، من كتاب الأقضية، باب ٤ (القضاء باليمين مع الشاهد) وقد أخرجه عن ابن عباس، مسلم في الأقضية، باب ٢ (القضاء باليمين مع الشاهد) حديث ٣، وعن جابر الترمذي في الأحكام حديث ١٣٤٤، وعن أبي هريرة ابن ماجه في الأحكام حديث ٢٣٦٨، وأحمد في المسند ٣/ ٣٢٣.

وَقَالَ [أَحْمَدُ بْنُ شُعيبٍ] النَّسائي: إِسْنَادُ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي اليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ إِسْنَادٌ جَيِّدٌ، وَقَيْسٌ ثِقَةٌ.

وَخرَّجهُ مُسلمٌ، وَلَمْ يَذكرْهُ البُخارِيُّ.

وَرُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ مِنْ حَدِيثِ أبي هُرَيْرَةَ وَحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، إِلا أَنَّ حَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ أَكْثَرُ طُرقاً، وَأَصَحُّ نَقْلاً، وَحَدِيثُ زَيدِ بْنِ ثَابِتٍ وَهْمٌ مِنْ زُهيرِ بْنِ مُحَمَّدٍ.

وَرُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ أيضاً مِنْ حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ عبادَةَ، [وَمِنْ حَديثِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ وَحَدِيثُ سَعْدِ بْنِ عُبادةَ] أَكْثَرُ تَوَاتُراً.

وَرُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أيضاً مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ العَاصِ مِنْ رِوَايَةِ عَمْرِو بْنِ شُعيبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ.

وَرُوِيَ أيضاً مِنْ حَدِيثِ رَجُلٍ مِنَ الصَّحَابَةِ، يُقَالُ لَهُ: سُرَّقٌ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

وَكُلُّها لَها طُرقٌ مُتَوَاتِرَةٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا بِأَسَانِيدِهَا فِي «التَّمْهِيدِ»، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

وَرُوِيَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ أَنَّهُم قَضُوا بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ [وَلَمْ يُرْوَ عَنْ أَحَدٍ مِنْهُم أَنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ.

وَرُوِيَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ القَضَاءُ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ] مِنْهُم: الفُقَهاءُ السَّبْعَةُ المَدَنِيُّونَ، وَأَبُو سَلَمَةَ، وَسَالِمُ [بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنَ]، وَعَلِيُّ بْنُ حُسينٍ، وَأَبُو جَعْفرٍ ـ مُحمدُ بْنُ عَلِيٍّ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزيزِ.

وَهُوَ قَولُ جُمهورِ العُلَمَاءِ بِالمَدِينَةِ.

وَإِلى ذَلِكَ ذَهَبَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحابُهما.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَإِسحاقُ، وَأَبُو ثَورٍ، وَأَبُو عُبيدٍ، وَدَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ.

لَمْ يُخْتَلَفْ عَنْ مَالِكٍ، وَلا عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَصْحَابِهِ فِي ذَلِكَ وَلَهُ احْتَجَّ مَالِكٌ فِي مُوَطَّئِهِ وَلَمْ يَحتجَّ فِيهِ بِمَسْأَلَةٍ غَيْرِها، كَاحْتِجَاجِهِ لَها، وَلَا يُعْرَفُ مِنْ مَذْهَبِ المَالِكِيِّينَ غَيْرُ ذَلِكَ إِلَّا عِنْدنا بِالأَنْدَلُسِ، فَإِنَّ يَحْيَى بْنَ يَحيى تَرَكَهُ، وَزَعَمَ أَنَّهُ لَمْ يَرَ اللَّيْثَ يفتي بِهِ، وَلَا يَذْهَبُ إِليهِ.

وَكَانَ مَالِكٌ ـ رَحمهُ اللَّهُ ـ يَقُولُ: يُقْضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فِي كُلِّ البُلْدَانِ، وَيُحْمَلُونَ عَليهِ.

قَالَ: وَلَا يُقْضَى بِالعهدةَ فِي الرَّقِيقِ إِلَّا بَالمَدِينَةِ، أو بَيْنَ قَومٍ يَشْتَرِطُونَها بَيْنَهُم فِي سَائِرِ الآفاقِ.

وَرُوى أبُو ثَابتٍ، عَنِ ابْنِ نَافعٍ، قَالَ: سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ شَهادَةِ الرَّجُلِ مَعَ يَمِينِ صَاحِبِ الحَقِّ، أتُرى أنْ يُحملَ النَّاسُ عَلَيهِ بِكُلِّ البِلَادِ؟ قَالَ: نَعَمْ.

وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: مَنْ أَقَامَ شَاهدَيْنِ عَلى الغَرِيمِ، وَأقامَ آخرُ عَليهِ شَاهِداً، وَيَمِيناً، فَهُمَا سَواءٌ فِي أُسْوَةِ الغُرَمَاءِ.

قال أبو عمر: قَدْ كَانَ جَمَاعَةٌ مِنْ جِلَّةِ العُلماءِ يُفْتُونَ وَيقْضُونَ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ اتِّباعاً لِلسُّنَّةِ فِي ذَلِكَ.

رَوى حَمَّادُ بْنُ زَيدٍ، عَنْ أيُوبَ، عَنْ [مُحَمدِ] بْنِ سِيرِين: أَنَّ شُرَيْحاً أجَازَ شَهادَةَ رَجُلٍ وَاحِدٍ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ.

قَالَ حَمَّاد: وَحَدَّثَنِي عَبْدُ المَجيدِ بْنُ وَهْبٍ، قَالَ؛ شهدْتُ يَحيى بْنَ يَعْمُرَ قَضى بِذَلِكَ.

وَرَوى هشيمٌ، قَالَ: أخْبرنا حصينٌ، عَنْ عَبدِ اللَّهِ بْنِ عُتبةَ مِثلَهُ.

[وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الأنْصارِيُّ، عَنِ الأشْعَثِ، عَنِ الحَسَنِ مِثْلَهُ].

وَرَوَى حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ، عَنْ خَالِدٍ أنّ إياس بْنَ مُعاوِيَةَ: أجَازَ شَهادَةَ عَاصِمٍ الجحدريِّ وَحدَهُ ـ يعني ـ مع يمين الطالب!

وَروى هشيمٌ، قَالَ: أخْبرنا المُغِيرَةُ، عَنِ الشعبيِّ، قالَ: أهْلُ المَدِينَةِ يَقُولُونَ شِهَادَةَ الشَّاهِده وَيَمين الطَّالِبِ، وَنَحْنُ لَا نَقُولُ ذَلِكَ.

وَقَالَ أَبُو حَنيفةَ، وَأصْحابُهُ، والثَّوريُّ، والأوزاعيُّ: لَا يُقْضى بِاليَمِين مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ [فِي شَيْءٍ مِنَ الأشْيَاءِ].

وَهُوَ قَولُ إبراهِيم، وَالحَكَم [بْنِ عُتَيْبَةَ]، وَعَطَاءٍ.

وَاخْتُلِفَ فِيهِ عَنِ الزُّهريِّ: فَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ إذَا وليَ القَضاءَ قَضى بِهِ، وَالأشْهَرُ (عَنْهُ) رَدُّهُ.

قَالَ مَعْمرٌ: سَألْتُ الزُّهريَّ (عَنِ اليَمِينِ مَع الشَّاهِدِ)؟ فَقَالَ: هَذا شَيْءٌ أحْدَثَهُ النَّاسُ، لَا بُدَّ مِنْ شاهِدَيْن.

هَذِهِ رِوَايَةُ عَبْدِ الرزَّاقِ، عَنْ مَعمرٍ.

وَقَدْ حَدَّثَني خَلفُ (بْنِ قَاسمٍ).

قالَ: حدَّثَني (ابْنُ) المفسرِ ـ أبو أحْمدَ ـ بِمِصْرَ قالَ: حدَّثني أحْمَدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ، قالَ: حدّثَني يَحْيَى بْنُ مَعينٍ، قَالَ: حدَّثني هِشامُ بْنُ (يوسف)، عَنْ مَعمرٍ، عَنِ الزُّهريِّ، قالَ: أدْرَكْتُ العُلمَاءَ وَهُمْ (لا) يُجِيزُونَ (إلَّا) شَهادَة عَدْلَيْنِ، ثُمَّ أخَذَتِ النَّاسُ شَهادَةَ رَجُلٍ وَاحِدٍ (وَيَمِينَ صَاحِبِ الحَقِّ.

قَالَ مَعمرٌ: وَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: لَا تَجوزُ شَهادَةُ رَجُلٍ وَاحِدٍ مَعَ يَمِينٍ).

وَقَالَ عَطاءٌ: أوَّلُ مَنْ قَضى بِهِ عَبْدُ الملكِ بْنُ مَرْوَانَ.

وقَالَ مَحمَّدُ بْنُ الحَسَنِ: يَفْسَخُ القَاضِي القَضاءَ بِهِ؛ لأنَّهُ خِلَافُ القُرآنِ.

قال أبو عمر: هَذَا جَهْلٌ، وَعِنَادٌ، وَكَيْفَ يَكُونُ خِلَافَ القُرآنِ؟ وَهُوَ زِيَادَةُ بَيَانٍ.

كَنَحْوِ نِكَاحِ المرأةِ عَلى عَمَّتها وَعَلى خَالَتِها مَعَ قَوْلِهِ عزَّ وجلَّ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

مَثلُ ذَلِكَ: المَسْحُ عَلى الخُفَّينِ مَعَ مَا وَرَدَ بِهِ القُرآنُ مِنْ مَسْحِ الرِّجْلَيْنِ، أو غَسْلِهِمَا.

وَكَتَحْرِيمِ الحُمُرِ الأهْلِيَّةِ، وَكُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّباعِ مَعَ قَولِهِ تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ﴾ الآية [الأنعام: ١٤٥].

وَكَذَلِكَ مَا قَضى بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنَ اليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ مَعَ قَولِهِ تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

بَلْ هَذَا بَيِّنٌ وَاضِحٌ؛ لأنَّ قَولَهُ عزَّ وجلَّ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

لَيْسَ فِيهِ دَلِيلٌ عَلى أنَّهُ لا يَجُوزُ القَضاءَ بِغَيْرِ ذَلِكَ؛ لأنَّ القَضاءَ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ لا يَمْنَعُ القَضَاءَ بالشَّهِيديْنِ، وَبِالرَّجُلِ وَالمَرأتَيْنِ، بَلْ كُلُّ ذَلِكَ مِنْ حُكْمِ (اللَّهِ عَزَّ وجلَّ)، وَشَرِيعَةِ دِينِهِ (فِي كِتَابِهِ)، وَعَلى سُنَّةِ نَبِيِّهِ وَرَسُولِهِ ﷺ.

وَقَدْ أجْمَعَ العُلماءُ عَلى القَضَاءِ بِإقْرَارِ المُدَّعَى عَلَيْهِ وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي الآيَةِ.

وَالَّذِينَ يَرْفَعُونَ اليَمِينَ مَعَ الشَّاهِدِ يَقْضُونَ بِنكُولِ المُدَّعى عليهِ مَعَ اليَمِينِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي الآيَةِ، وَيَقْضُونَ معاقَد القِمْطِ، وَأنْصاف اللبنِ وَالجزوع الموضُوعة فِي الحِيطَانِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ وَلا شَيْءَ مِنْهُ فِي مُحْكَمِ القُرآنِ.

فاليَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ أولى بِذَلِكَ؛ لأنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى بِهِ، وَسَنَّهُ لأمَّتِهِ.

وَمِنْ حُجَّةِ أبِي حَنِيفَةَ، وَأصْحَابِهِ أنْ قَالُوا: (اليَمِينُ) إنَّما جُعِلَتْ لِلنَّفْي لَا للإثْبَاتِ، وَإنَّما جَعَلَها النَّبيُّ ﷺ على المُدَّعَى عَلَيهِ، لَا عَلى المُدَّعِي.

فَالجَوابُ عَنْ ذَلِكَ أَنَّ الوَجْهُ الَّذِي مَنْهُ عَلِمْنَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَعَلَ البَيِّنَةَ عَلى المُدَّعِي، وَاليَمِينَ عَلى المُدَّعى عَلَيهِ مِنْ مِثْلِهِ (عَلِمْنا) أَنَّهُ قَضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَفِيهِ الأَسْوَةُ الحَسَنَةُ.

١٣٩٠ ـ مَالِكٌ، عَنْ أَبي الزِّنَادِ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَى عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ، وَهُوَ عَامِلٌ عَلَى الْكُوفَةِ: أَنِ اقْضِ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

١٣٩١ ـ مَالِكٌ، أَنَّهُ بَلَغَهُ؛ أَنَّ أَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمنِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلاَ: هَلْ يُقْضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ؟ فَقَالاَ: نَعَمْ.

وَأَمَّا قَولُ مَالِكٍ فِي هَذا البَابِ: وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ؛ لَا يَكُونُ اليَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ، وَيحتجُّ بِقَولِ اللَّهِ تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فَلاَ يُحلَّفُ أَحَدٌ مَعَ شَاهِدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ؛ فَمِنَ الحُجَّةِ عَلى مَنْ قَالَ ذَلِكَ أَنْ يُقَالُ (لَهُ)؛ أَرَأَيْتَ لَوَ أَنَّ رَجُلاً ادَّعى عَلى رَجُلٍ مَالاً أَلَيْسَ يَحلِفُ المَطْلُوبُ مَا ذَلِكَ الحَقُّ عَليهِ، فَإِنْ حَلفَ بَطلَ ذَلِكَ عَنْهُ، وَإِنْ نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ حُلِّفَ صَاحِبُ الحقِّ إِنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ وَثَبَتَ حَقُّهُ عَلى صَاحِبِهِ).

فَهذا مَا لَا اخْتِلافَ فِيه عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ (النَّاسِ)، وَلا ببلَدٍ مِنَ البُلْدانِ... إِلى آخِرِ البَابِ.

قال أبو عمر: لَيسَ فِي قَولِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ ما يَقْضِي عَلى أَلاَّ يحكمَ إِلاَّ بِهذا، بَلِ المَعْنى فِيهِ أَنْ يحْكمَ بهذا، وَبِكُلِّ مَا يَجِبُ الحُكْمُ بِهِ مِنَ الكِتَابِ وَالسُّنَّةِ.

وَقَدْ سَنَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ القَضاءَ بِاليَمينِ مَعَ الشَّاهِدِ، فَكانَ زِيادَةَ بَيانٍ عَلى مَا وَصَفْنَا.

وَأَمَّا قَولُهُ: «وَهَذا مَا لَا خِلافَ فِيهِ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ، وَلا بِبَلَدٍ مِنَ البلْدانِ» فَقَدْ ظَهَرَ مِنْ عِلْم مَالِكٍ بِاخْتِلافِ مَنْ قَضى قَبْلَهُ مَا يُوجِبُ أَنْ لَا يَظُنَّ أَحَدٌ بِهِ جَهلَ مَذْهَبَ الكُوفيِّينَ فِي الحُكْم بالنُّكولِ دُونَ رَدِّ يَمِينٍ، وَإِنَّما أَرادَ ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ أَنَّ مَنْ قَالَ إِذَا نَكلَ المُدَّعى عَليهِ عَنِ اليَمِينِ حُكِمَ عَليهِ بِالحَقِّ لِلْمُدَّعِي، وَكَانَ أَحْرى أَنْ

١٣٩٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ٦، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ١٧٣.

١٣٩١ ـ الحديث في الموطأ برقم ٧، من الكتاب والباب السابقين.

يُحْكَمَ عَليهِ بالنُّكُولِ، وَيَمِين الطَّالِبِ؛ لأنَّها زِيَادَةٌ عَلى مَذْهَبِهِ، كَما لَو قَالَ قَائِلٌ: إنَّ العُلَمَاءَ قَدْ أجْمَعُوا عَلى أنَّ مُدَّيْنِ تجزىءُ فِي كَفَّارَةِ اليَمِينِ كَانَ قَولاً صَحِيحاً؛ لأنَّ مَنْ قَالَ يُجْزِىءُ المُدُّ كَانَ أحرى، أنْ يُجزِىءَ عَنْهُ المُدَّانِ.

هَذَا ما أرَادَ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

[أمَّا اخْتِلَافُهم فِي الحُكْمِ بالنُّكُولِ]:

فَقَالَ مَالِكٌ، وَأصْحابُهُ: إذَا نكلَ المُدَّعى عَلَيهِ عَنِ اليَمِينِ حلفَ المُدَّعِي، وَإنْ لَمْ يَدعِ المطْلُوب إلى يَمِينٍ، وَلَا يُقْضى لَهُ بِشَيْءٍ حَتَّى يُحَلَّفَ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لأنَّهُ لَا يَقْضِي عَلى النَّاكِلِ عَنِ اليَمِينِ بِحَقِّ الطَّالبِ إلَّا أنْ يُحَلَّفَ الطَّالِبُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَو رَدَّ المُدَّعى عَليهِ اليَمينَ عَلى الطَّالِبِ، فَقُلْتُ لَهُ: احْلِفْ، ثُمَّ بَدَا لِلْمُدَّعى عَلَيهِ، فَقَالَ: أنَا أحْلِفُ لَمْ أجْعَلْ ذَلِكَ لَهُ؛ لأنِّي قَدْ أبْطَلْتُ أنْ يحْلِفَ، وَجعَلْتُ اليَمينَ قَبلَهُ.

قال أبو عمر: مَنْ رَأى رَدَّ اليَمِينَ فِي الأمْوَالِ حَدِيثُ القَسامَةِ؛ لأنَّ رَسُولَ الله ﷺ رَدَّ فِيها اليَمِينَ عَلى اليَهُودِ إذْ أبى الأنْصَارُ مِنْها، وَلَيْسَ بِالأمْوَالِ أعْظَمُ حُرمَةً مِن الدِّمَاءِ.

وَهُوَ قَولُ الحِجَازِيِّينَ، وَطَائِفَةٍ مِنَ العِرَاقِيِّينَ، وَهُوَ الاحْتِيَاط؛ لأنَّ مَنْ لَا يُوجِبُ رَدَّ اليَمِينِ لَا يُبْطِلُ الحُكْمَ بِها مَعَ النُّكُولِ.

وَقَالَ ابْنُ أبي لَيلى: إذَا (نَكل) المُدَّعى عَليهِ أنَا أرُدُّ اليَمِينِ عَليهِ رَدَدْتُها عَليهِ إذَا كَانَ يُتَّهَمُ، فَإنْ لَمْ يُتَّهَمْ، لَمْ أرُدَّهَا عَلَيهِ.

وَرُوِيَ عَنْهُ أنَّهُ يَرُدُّها بِغَيْرِ تُهْمَةٍ.

وأمَّا أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحَابُهُ، فَقَالُوا: إذَا نَكلَ المَطْلُوبُ عَنِ اليَمِينِ حكمَ عَليهِ بالحقِّ لِلْمُدَّعِي، وَلَا تُرَدُّ اليَمِينُ عَلى المُدَّعى.

وَمِنْ حُجَّةِ مَنْ ذَهَبَ إلى هَذَا أنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ إذَا نَكلَ عَنِ اليَمِينِ فِي عَيبِ الغُلَامِ لِلَّذِي بَاعَهُ قضى عَلَيهِ عُثْمانُ بالنُّكولِ، وَقضى هُوَ عَلى نَفْسِهِ بِذَلِكَ.

وَهَذَا لا حُجَّةَ فِيهِ، لأنَّ ابْنَ عُمَر يحْتملُ فعلُهُ أنَّهُ لما أوْجَبَ عَلَيهِ عُثْمانُ اليَمِينَ لَقَدْ بَاعَ الغُلَامَ، وَمَا بِهِ أذى يعلَمهُ كرِهَ اليَمِينَ فَاسْتَرْجَعَ العَبْدُ، فكأنَّهُ أقَالَهُ فِيهِ كَرَاهِيَةً لِلْيمِينِ، وَلَيْسَ فِي الحَدِيثِ تَصْرِيحٌ بالحُكْمِ بِالنُّكُولِ.

وَاحْتجَّ مَنْ ذَهَبَ مَذْهَبَ الكُوفِيِّينَ فِي ذَلِكَ بِحَدِيثِ ابْنِ أبي مُلَيْكَةَ، عَنِ ابْنِ

عَبَّاسٍ أَنَّهُ جَاوَبَهُ فِي المَرْأَتَيْنِ ادَّعَتْ إِحْدَاهُما عَلى الأخْرى أنَّها أَصَابَتْ يَدها بإشفى[١]، وأنْكَرَتْ فَكَتَبَ إليهِ ابْنُ عَبَّاسٍ أن ادْعُهَا واقْرَأْ عَلَيها: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ الآية [آل عمران: ٧٧] فَإِنْ حَلَفَتْ فَخلِّ عَنْها، وَإِنْ لَمْ تَحْلف فَضمنها.

قال أبو عمر: الاسْتِدْلالُ مِنَ الحَدِيثِ المُسْنَدِ أَولَى، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ لا شَرِيكَ لَهُ.

وَمِنْ حُجَّتهم أيضاً أنَّ النَّبيَّ ﷺ جَعلَ البَيِّنَةَ عَلى المُدَّعِي، وَاليَمينَ عَلى المُدَّعى عَليهِ[٢]، لَا سَبِيلَ إِلى نَقْلِ البَيِّنَةِ إلى المُدَّعى عَلَيهِ، وَلَا إِلى نَقْلِ اليَمِينِ إِلى المُدَّعِي.

قال أبو عمر: هَذَا لا يَلْزمُ؟ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ هُوَ الَّذِي سَنَّ رَدَّ اليَمينِ عَلى المُدَّعِي في القَسامَةِ.

وَاسْتِعْمالُ النُّصُوصِ أولى مِنْ تَأْوِيلِ لَمْ يُتابَعْ صَاحِبهُ عَلَيهِ، وَهَذَا قِيَاسٌ صَحِيحٌ، وَهُوَ أَصْلُهُم جَمِيعاً فِي القَولِ بالقِيَاسِ.

قَالَ مَالِكٌ[٣]: مَضَتِ السُّنَّةُ فِي القَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ، يَحْلِفُ صَاحِبُ الحَقِّ مَعَ شَاهِدِهِ، وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ، فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ أَحْلِفَ الْمَطْلُوبُ، فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَقُّ، وَإِنْ أبى أَنْ يَحْلِفَ ثَبَتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ لِصَاحِبِه.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي الأَمْوَالِ خَاصَّةً، وَلا يَقَعُ ذَلِكَ فِي شيءٍ مِنَ الْحُدودِ، وَلا فِي نِكَاحٍ وَلا فِي طَلَاقٍ. وَلا فِي عَتَاقَةٍ وَلا فِي سَرِقَةٍ، وَلا فِي فِرْيَةٍ.

قال أبو عمر: هَكَذَا قَالَ عَمْرو بْنُ دِينَارٍ، وَهِيَ رِوَايَةُ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنِ النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِد قالَ عَمْرو: وَذَلِكَ فِي الأَمْوَالِ.

وَأَجْمعَ القَائِلُونَ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ مِنَ الحِجَازِيِّينَ وَغيرِهم بِأَنَّهُ لَا يُقْضى فِيهِ بِشهادَةِ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجالِ دُونَ مَا عَدَاها عَلى مَا ذكرَهُ مَالِكٌ رَحمَهُ اللَّهُ.

أَخْبرنا أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحمدِ بْنِ عليٍّ قِرَاءة مِنِّي عَلَيهِ، قَال: حَدَّثني المَيْمُونُ بْنُ حَمْزَةَ، قَالَ: حدَّثني الطَّحَاوِيُّ، قَالَ: حدَّثني المزنيُّ، قَالَ: حدَّثني الشَّافِعِيُّ، وحَدَّثني عَبدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيانُ، قَالَ: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبغ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ وَضَّاحٍ، قَالَ: حدَّثني عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ يَعْقُوبَ بْنِ إِسْحاقَ بْنِ أبي عبادٍ،

---

(١) إشفى: هو المخرز آلة للإسكاف.
(٢) أخرجه البخاري في الرهن باب ٦، والترمذي في الأحكام باب ١٢، وابن ماجه في الأحكام باب ٧.
(٣) الموطأ، صفحة ٧٢٢.

قالا: حدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الحَارِثِ، قَالَ: حدَّثني سَيْفُ بْنُ سُليمانَ، عَنْ قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ، عَنْ عَمْرو بْنِ دِينارٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

قَالَ عَمْرٌو: فِي الأَمْوَالِ خَاصَّةً.

وَحَدَّثني إِبْرَاهِيمُ بْنُ شاكرٍ، وَمُحمدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، قالَا: أخبرنا مُحمدُ بْنُ أحْمدَ بْنِ يَحْيَى قَالَ: حدَّثنا مُحمدُ بْنُ أَيُّوبَ، قَالَ: حَدَّثني أحْمَدُ بْنُ عَمْرو بْنِ الخَالِقِ البزارُ، قَالَ: حَدَّثني عبدةُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، ورزْقُ اللَّهِ بْنُ مُوسى، قالَا: حدَّثنا زَيْدُ بْنُ الحَبَاب، قَالَ: حدَّثني سَيْفُ بْنُ سُليمانَ، عَنْ قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينارٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النبيِّ ﷺ أنَّهُ قَضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

قَالَ عَمْرُو بْنُ دِينارٍ: فِي الأَمْوَالِ خَاصَّةً.

قَالَ البزارُ: سَيْفُ بْنُ سُليمانَ، وَقيس بن سعد ثقتانِ، وَمَنْ بَعْدَهما يسْتغنى عَنْ ذِكْرِهما لِشُهْرَتِهما فِي الثِّقَةِ والعَدَالة كثيراً.

قال أبو عمر: رَوى هَذا الحَدِيثَ عَنْ سَيْفِ بْنِ سُليمانَ جَماعَةٌ.

وَعَنْ زَيْدِ بْنِ الحبابِ جَماعَةٌ مِنْهُم أَبُو بَكْرِ بْنِ أبي شَيْبَةَ، وَأَبُو كريبٍ؛ مُحمدُ بْنُ العلاء، وَالحَسنُ بْنُ شَاذان.

وَقَدْ ذَكَرْنا الأَسَانِيدَ عَنْهُم فِي «التَّمْهيد».

وَذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: أخْبَرنا مُحمدُ بْنُ مُسلم الطَّائفيُّ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينارٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النبيِّ ﷺ أنَّهُ قضى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

قال أبو عمر: رَأى مَالِكٌ رَحمهُ اللَّهُ ـ أنْ يَحْلِفَ الرَّجلُ مَعَ شَهادَةِ امْرَأَتَيْنِ فِي الأَمْوَالِ، وَيَستحقُّ حقَّهُ كَما يَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ، فَكأَنَّهُ جَعلَ اليَمِينَ مقامَ الشَّاهِدِ، والمرْأَتَيْنِ مَعَهُ، فكأَنَّهُ قَضى بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ.

قَالَ الشَّافعيُّ؛ لا يَحْلفُ مَعَ شهادَةِ امْرَأَتَيْنِ؛ لأنَّ شَهادَةَ النِّساءِ دُونَ الرِّجالِ لَا تَجُوزُ فِي الأَمْوَالِ، وَإِنَّما يحْلفُ الرَّجلُ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ (كَما) جَاءَ فِي الحَدِيثِ.

قَالَ: «وَفِي مَعنى السُّنَّةِ أَنْ تَحْلفَ المرْأةُ مَعَ شَاهِدِها كَما يحْلفُ الرَّجُلُ، فَلَو أَخَذْنا شَهادَةَ المَرْأَتَيْنِ مَعَ يَمِينِهما كَما قَدْ قَضَيْنَا بِخَلافِ السُّنَّةِ المُجْتَمع عَلَيها فِي شَهادَةِ النِّساءِ دُون الرِّجالِ فِي الأَمْوالِ، وَيلْزمُ مَنْ قَالَ هَذا أنْ يُجيزَ أَرْبعاً مِنَ النِّساءِ فِي الأَمْوالِ..» فأتى فِي هَذا بِكَلامٍ كَثِيرٍ حَسَنٍ كُلِّهِ، ذكرَهُ المَزنيُّ والرَّبيعُ عَنهُ.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: «وَكُلُّ مَا كانَ مِنَ الأَمْوالِ المُتَنقلَةِ مِنْ مِلْكِ مَالِكٍ إلى مِلْكِ مالكٍ

قضى فِيهِ باليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ عِنْدَهُم في طَلاقٍ، وَلَا عتْقٍ، وَلَا فِيما عَدا الأمْوالَ على ما وَصَفْنا.

وَأَمَّا مَنْ لَا يَقُولُ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، فَهُوَ أَحْرى بِذَلِكَ، وَلكنَّ الشَّافعيَّ، وَمَنْ قَالَ بِقَولِهِ مُوجِبُونَ اليَمِينَ، وردّها فِي كُلِّ دَعْوى مَالٍ وَغير مَالٍ طَلاقاً كَانَ أو عتْقاً، أو نِكاحاً، أو دماً إلا أنْ يَكُونَ مَعَ مُدَّعِي الدَّم دَلالةٌ كَدلَالَة الجاريَتَيْنِ عَلى يَهُودِ خَيْبَرَ، فيدعى حِينئَذٍ المدعُونَ بالأيمانِ، وَتكُونُ قسامةً، وَإنْ لَمْ تَكُنْ دَلَالةٌ حَلفَ المدَّعى عَلَيهِ كَما يَحْلفُ فِيما سِوى الدَّمِ.

وَقَولُ أبي حَنِيفةَ فِي دَعْوى المَرْأةِ الطَّلاقِ، وَقَولِ العَبْدِ العتْقِ كَقولِ الشَّافعيِّ يُسْتحلَفُ السَّيِّدُ والزَّوجُ لَهُما إلا أنَّهُ يَقْضِي عَلَيهما بالنُّكُولِ دُونَ يَمِينٍ عَلى مَذْهَبِهم فِي ذَلِكَ.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: وَلَو ادَّعى أنَّهُ نَكحَ امْرَأةً لَمْ أقْبَلْ دَعْواهُ حتَّى يَقُولَ: نَكَحْتُها بوَلِيٍّ، وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ، وَرِضَاها، فَإِنْ حَلفَتْ بَرِئَتْ، وَإِنْ نَكَلَتْ حلفَ وَقضى لَها بِأَنَّها زَوْجَتُهُ.

وَاخْتَلفَ الفُقهاءُ فِي تَحْلِيف زَوْج المَرْأةِ المُدَّعِيَةِ للطَّلاقِ، وَتَحْلِيفِ سَيِّدِ العَبْدِ المُدَّعِي للعتْقِ عَليهِ سَيِّدهُ، هَلْ تَجِبُ اليَمِينُ عَلى السَّيِّد، أو الزَّوْجِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوى مِنَ المَرْأةِ أوِ العَبْدِ أمْ لَا؟.

فَقالَ مَالِكٌ: لَا يَمِينَ عَلى الزَّوجِ، وَلَا على السَّيِّدِ حَتَّى تُقِيمَ المَرْأةُ شَاهِداً وَاحِداً عَدْلاً بِأَنَّهُ طَلَّقَها، أو يُقِيمَ العَبْدُ شَاهِداً عَدْلاً بِأَنَّ سَيِّدَهُ أعْتقَهُ، فَإِذَا كَانَ كَذلِكَ وَجَبَتِ اليَمِينُ عَلى سَيِّدِ العَبْدِ فِي دَعْوى العتْقِ، وَعَلَى الرَّجُلِ لامْرَأتِهِ فِي دَعْوى الطَّلاقِ.

وَهَذَا نَحْوُ قَولِهِ رحمهُ اللَّهُ فِي الخُلطةِ؛ لأنَّهُ لَمْ يُوجِبْ يَمِيناً لِلْمِدَّعِي عَلى المُدَّعى عَلَيهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوى حَتَّى تثْبتَ الخُلْطَةُ بَيْنَهُما.

وَقَالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافعيُّ، وَجُمهورُ العُلماء: (إنَّ اليَمينَ) وَاجِبَةٌ على زَوْج المَرْأةِ المُدَّعيةِ بالطَّلاقِ، وَعَلَى سَيِّدِ العَبْدِ المِدَّعِي لِلْعَتْقِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوى، وَلا تَجِبُ عِنْدَ الشَّافعيِّ يَمِينٌ مَعَ شَاهِدٍ في غَيرِ الأمْوَالِ.

وَأَمَّا الكُوفِيُّونَ، فَلا يَقُولُونَ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فِي الأمْوَالِ، وَلَا فِي غَيرِها عَلى مَا تَقدَّمَ عَنْهُم.

وَاخْتَلَفَ أصْحابُ مَالِكٍ فِي مَعْنى هَذِهِ المَسْأَلَةِ فِي الَّذي شَهدَ عَليهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ لِزَوْجَتِهِ أنَّهُ طَلَّقَها أو لِعَبْدٍ أنَّهُ أعْتَقَهُ، فَأَبى مِنَ اليَمِينِ.

فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ: يحْبسُ حتَّى يحْلفَ.

قالَ: وَقَدْ كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ: يعْتقُ عَليهِ العَبْدُ، وَتُطَلّقُ عَلَيهِ الزَّوْجَةُ إذا أبى، وَنكلَ عَنِ اليَمِينِ ثُمَّ رَجعَ إلى مَا قُلْتُ لَكَ.

وَقالَ ابْنُ القَاسِمِ: وَيَقُول الآخر أقُولُ.

وَقالَ أشْهَبُ: إذا أبى مِنَ اليَمِينِ طلقَ عَلَيهِ، وأعْتقَ عَليهِ.

وَعَنِ ابْنِ القَاسمِ أيضاً قالَ: إذا طَالَ سجْنُهُ أطلقَ، وردّ إلى زَوْجَتهِ.

قالَ: وَأرى أنَّ الطّولَ فِي سجْنِهِ عَامٌ.

وَقَالَ ابْنُ نافعٍ: يسْجنُ وَيضْربُ لَهُ أجَلُ الإيلاءِ.

وَلِمَالِكٍ فِي هَذا البَابِ تَنْظِيرُ مَسائِلَ عَلى مَا ذَهَبَ إليهِ فِيهِ احْتِجاجاً لِمَذْهَبِهِ، يَرِد الاخْتِلافُ عَلَيها وَمَذَاهِبُ العُلماءِ فيها في مَوَاضِعِها.

إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٥ ـ باب القضاء فيمن هلك وله دين، وعليه دين، له فيه شاهد واحد

١٣٩٢ ـ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يَهْلِكُ وَلَهُ دَيْنٌ، عَلَيْهِ شاهِدٌ وَاحِدٌ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ للنَّاسِ، لَهُمْ فِيهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَيَأْبَى وَرَثَتُهُ أنْ يَحْلفُوا عَلَى حُقُوقِهِمْ مَعَ شَاهِدِهِمْ، قَالَ: فَإِنْ الْغُرَمَاءَ[1] يَحْلِفُونَ وَيَأْخُذُونَ حُقُوقَهُمْ، فَإِنْ فَضَلَ فَضْلٌ لَمْ يَكُنْ لِلْوَرَثَةِ مِنْهُ شَيءٌ، وَذلِكَ أنَّ الأيْمَانَ عُرِضَتْ عَلَيْهِمْ قَبْلُ، فَتَرَكُوهَا، إلاَّ أنْ يَقُولُوا لَمْ نَعْلَمْ لِصَاحِبِنَا فَضْلاً، وَيُعْلَمُ أنَّهُمْ إنَّمَا تَرَكُوا الأيْمَانَ مِنْ أجْلِ ذَلِكَ، فَإِنِّي أرَى أنْ يَحْلِفُوا وَيَأْخُذُوا مَا بَقِيَ بَعْدَ دَيْنِهِ.

قال أبو عمر: خَالَفَه فِي هَذِهِ المَسْألَةِ طَائِفَتانِ:

إحْدَاهُما: مَنْ يَقُولُ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

والأخْرى: الدَّافِعَةُ بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

وهي بِذَلِكَ أَحْرى.

وَأمَّا الشَّافِعيُّ فَيحْلفُ عِنْدَهُ الوَارِثُ مَعَ الشَّاهِدِ الَّذِي لِمَوروثِهِ عَلى دَيْنِهِ، وَلَا

١٣٩٢ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ٥ (القضاء فيمن هلك وله دين، وعليه دين، له فيه شاهد واحد)، من كتاب الأقضية.

(١) الغرماء: أصحاب الديون.

يَجُوزُ عِندَهُ أنْ يحْلفَ الغَرِيمُ، وَلَكِنْ إذا حلفَ الوَرثَةُ كَانَ الغُرماءُ أحَقُّ بِالمَالِ؛ لأنَّهُ لَا مِيرَاثَ إلّا بَعْدَ أدَاءِ الدَّيْنِ.

ذكرَ المزنيُّ، عَنِ الشَّافعيِّ، قالَ: وَلَو أتى قَومٌ بِشاهِدٍ وَاحِدٍ أنَّ لأبِيهم عَلى فُلانٍ حَقّا، أو أنَّ فُلاناً أوصى لَهم، فَمَنْ حَلفَ مِنْهُم مَعَ شَاهِدِه اسْتَحَقَّ موروثه، وَوَصِيَّتهُ دُون مَنْ لَمْ يَحْلفْ، وَإنْ كَانَ بَعْضُهم غَائِباً، أو صَغِيراً حَلفَ (الحَاضِرُ) البَالِغُ وَأخَذَ حَقَّهُ، وَإنْ كانَ مَعْتُوهاً، فَهُوَ على حَقِّهِ حَتَّى يَعْقلَ، فَيَحْلفُ، أو يَمُوتُ، فَيَقُومُ وَارِثُهُ مقامَهُ يحْلفُ، (ويسْتحقّ)، وَلَا يَسْتحقُّ أحَدٌ بِيَمِينِ لأخِيهِ؛ لأنَّ كلا إنَّما يَقُومُ المَيِّتِ فِيما وَرثَ عَنْهُ، كَما لَو كَانَ لِرَجُلَيْنِ عَلى رَجُلٍ أَلْفَا دِرْهَم، وَأقامَا عَلَيهِ شَاهِداً فَحلف أحَدهُما لَمْ يَسْتحقّ إلّا الألْف وَهِيَ الَّتِي يمْلكُ، وَلَا يحْلفُ أَحدٌ عَلى مِلْكِ غَيرِهِ؛ لأنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ إنَّما قضى بِاليَمِينِ لِصَاحِبِ الحَقِّ.

قالَ الشَّافعيُّ: وَإنْ كانَ الوَرثَةُ بِالغِينِ، وَأبَوْا أنْ يَحْلِفُوا، فَإنَّ (صَاحِبنَا قَالَ): يحْلفُ غُرماءُ الميِّتِ وَيَأْخُذونَ حُقُوقَهُم، وَلَا يَأْخُذُ مَنْ أبى اليَمِينَ مِنَ الوَرثَةِ شَيْئاً [إلّا أنْ يَقُولُوا فَذكرَ كَلامَ مَالِكٍ إلى آخِرِهِ فِي «المُوَطَّأ».

قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَهَذا مَذْهَبٌ]، وَأحْسَبُهُ ذَهَبَ إلى أنَّ الغَرِيمَ أحَقُّ بِالمَالِ مِنَ (الوَرثَةِ)، فَيحْلفُ، وَيَأخُذ حَقَّهُ.

قَالَ الشَّافعيُّ: وَذَلِكَ أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى لِمَنْ أقامَ شَاهِداً الحقَّ لَهُ عَلى آخرَ بِيَمِينِهِ، وأخذَ حَقَّهُ، فَإنَّما أعْطَى بِاليَمِينِ مَنْ شهدَ لَهُ بأصْلِ الحَقِّ، وَإنَّما جُعِلَتْ لِلْوَارِثِ اليَمِينُ؛ لأنَّ اللَّهَ تعالى نَقَلَ مِلْكَ المَيِّت إلى الوَارِثِ، فَجعلَ يَقُومُ فِيهِ مقَامَهُ بِقَدْرِ مَا فرضَ لَهُ.

قالَ: وَلَيسَ المُوصى لَهُ، وَلَا الغَرِيمُ مِنَ الوَارِثِ بِسَبِيلٍ، ألا ترى أنَّ الغَرِيمَ لَا يلْزَمُهُ مِنْ نَفقَةِ العَبِيدِ الَّذِينَ تَرَكَهُم المُتوفَّى شَيْءٌ، وَأنَّ الغَرِيمَ لَو حَلفَ، وَطَرأ لِلْمَيِّتِ مَالٌ كَانَ لِلْوَارِثِ أنْ يَقْضِيَ دَيْنَ الغَرِيم مِنْ غَيرِ المَالِ الَّذِي حلفَ عَليهِ.

قال أبو عمر: أكْثَرَ الشَّافعيُّ فِي هَذا البَابِ، فَنَقلْتُ مِنْهُ مَا بِالنَّاظِرِ فِي هَذَا الكِتَابِ حَاجَةٌ إِلَيهِ.

وهُوَ قَولُ أحْمدُ، وَإسْحاقَ، وَأبي ثَورٍ.

قالَ مَالِكٌ: وَإذا هَلَكَ رَجُلٌ، وَعَليهِ دَيْنٌ يغترفُ مَالَهُ، فَأبى الوَارِثُ أنْ يَحْلف مَعَ الشَّاهِدِ لَمْ يَكُنْ لِلْغَرِيم أنْ يَحْلفَ مَعَ شَاهِدِ المَيِّتِ، وَيسْتَحِقُّ، وَإنْ حلفَ الوَارِثُ مَعَ الشَّاهِدِ حكمَ بالدَّينِ، وَدفعَ إلى الغَرِيمِ.

٦ ـ باب القضاء في الدعوى

١٣٩٣ ـ مَالِكٌ، عَنْ جَمِيلِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ الْمُؤَذِّنِ؛ أَنَّهُ كَانَ يَحْضُرُ عُمرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَهُوَ يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ، فَإِذَا جَاءَهُ الرَّجُلُ يَدَّعِي عَلَى الرَّجُلِ حَقّاً، نَظَرَ، فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلاَبَسَةٌ، أَحْلَفَ الَّذِي ادُّعيَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذلِكَ، لَمْ يُحَلِّفْهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلى ذلِكَ، الأمْرُ عِنْدَنَا، أَنَّهُ مَنِ ادَّعَى عَلى رَجُلٍ بِدَعْوَى، نُظِرَ، فَإِنْ كانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلاَبَسَةٌ أَحْلِفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ ذلِكَ الْحَقُّ عَنْهُ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ، وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعِي، فَحَلَفَ طَالِبُ الْحَقِّ، أَخَذَ حَقَّهُ.

قال أبو عمر: قَدْ مضى القَولُ فِي رَدِّ اليَمِينِ، وَاخْتَلَفَ الفُقهاءُ فِي اليَمِينِ عَلى المُدَّعى عَليهِ، هَلْ تَجِبُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوى دُونَ خلْطةٍ أو مُلابَسَةٍ تَكُونُ بَيْنَ المُتَداعِيَيْنِ أمْ لاَ؟.

فالَّذِي ذَهَبَ إليهِ مَالِكٌ وَأصْحابُهُ مَا ذكرَهُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزيزِ فِي «المُوَطَّأ» أنَّ اليَمِينَ لاَ تَجِبُ (إلّا) بالخلطَةِ.

وَهُوَ قَولُ جَماعَةٍ مِنْ عُلماءِ المَدِينَةِ.

ذَكرَ إسْماعيلُ بْنُ إسْحاقَ، قالَ: حدَّثني سُليمانُ بْنُ حَرْبٍ، قالَ: حَدَّثنا حَمَّادُ بْنُ سَلَمةَ، عَنْ إِياسِ بْنِ مُعَاوِيَةَ، عَنِ القَاسمِ بْنِ مُحمَّدٍ، قالَ: إذا ادَّعى الرَّجلُ الفَاجِرُ عَلى الرَّجُلِ الصَّالِحِ شَيْئاً، يَعْلمُ النَّاسُ أنَّهُ فِيهِ كَاذِبٌ، وَلَا يعْلمُ أنَّهُ كانَ بَيْنَهُما أخْذ وَلَا إعْطاء لَمْ يسْتحلفْ.

قالَ: وحدَّثنا ابْنُ أبي أُوَيْسَ، عَنْ أبِي الزِّنادِ قالَ: كَانَ عُمرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ يَقُولُ: إنَّا ـ وَاللّهِ لا نُعْطِي اليَمِينَ كُلَّ مَنْ طَلَبَها، وَلَا نُوجِبُها إلا بِشَبِيهٍ بِما يُوجِبُ بِهِ المَالَ.

قالَ أبُو الزِّناد: (يُرِيدُ بذَلِكَ) المُخالَطَةَ، وَاللطخَ، وَالشَّبَهَ.

قالَ: وَذَلِكَ الأمْرُ عِنْدَنا.

قال أبو عمر: المَعْمُولُ بِهِ عِنْدَنا أنَّ مَنْ عرفَ بِمُعامَلَةِ النَّاسِ مِثْلَ التُّجَّارِ بَعْضهم لِبَعْضٍ، وَمَنْ نَصَبَ نَفْسَهُ لِلشِّراءِ وَالبَيْعِ مِنْ غرِيبٍ، وَغيرِهِ، وَعرفَ بِهِ، فَاليَمِينُ عَلَيهِ بِمَنِ ادَّعى مُعامَلَتَهُ، وَمُدَايَنَتَهُ فِيمَا يُمْكِنُ، وَمَا كَانَ بِخِلافِ هَذِهِ الحَال مِثْلَ المَرْأةِ

١٣٩٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٨، من كتاب الأقضية، باب ٦ (القضاء في الدعوى).

المَشْهُورَةِ المُحْتَجبةِ، والرَّجُلِ المَسْتُورِ المُنْقَبضِ عَنْ مُدَاخَلَةِ المُدَّعى عَلَيهِ، وَمُلاَبَسَتِهِ، فَلاَ تَجِبُ اليَمِينُ عَلَيهِ إلاَّ بِخلطةٍ، وَفِي الأَصُولِ أَنَّ مَنْ جَاءَ بِما لاَ يُشْبِهُ، وَلاَ يمْكِنُ فِي الأغْلَبِ لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ.

أَخْبَرنا عَبْدُ الوَارِثُ، قَالَ: حدَّثنا قَاسِمٌ، قالَ: حدَّثني مضرُ بْنُ محمدٍ قالَ: حدَّثني قَبيصةُ بْنُ عقْبَةَ، قالَ: حدَّثني (سُفيانُ) الثَّوريُّ، عَنْ سَماكِ بْنِ حَرْبٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبيرِ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: لَمَّا أُوتِي يَعْقُوبُ بِقَمِيصِ يُوسُفَ ـ عَلَيهما السَّلامُ ـ وَلَمْ يرَ فِيهِ خرْقا، قالَ: كَذَبْتُمْ، لَو أكَلَهُ الذِّئْبُ لَخَرَقَ قَمِيصَهُ.

وَحدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ، قالَ: حدَّثني قَاسِمٌ، قالَ: حدَّثني مضرُ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حدَّثني الفَضلُ بْنُ دكينٍ، قالَ: أخبرنا زكريَّا بْنُ أبي زَائِدَةَ، عَنْ عامرِ الشعبيِّ، قالَ: كانَ في قَمِيصِ يُوسُفَ ـ عَلَيهِ السَّلامُ ـ ثَلاثُ آياتٍ: حِينَ قُدَّ قَمِيصُهُ مِنْ دُبرٍ، وَحِينَ أُلْقِيَ عَلى وَجْهِ أَبِيهِ، فَارْتَدَّ بَصِيراً، وَحِينَ جَاءُوا بِالدَّمِ عَلَيهِ، وَلَيسَ فِيهِ شقٌّ عَلمَ أَنَّهُ كَذبٌ؛ لأنَّهُ لَو أكَلَهُ الذِّئْبُ لَخرقَ قَمِيصَهُ.

وَمِمَّا يَشْهَدُ بِهَذا قَولُهُ تَعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [يوسف: ٢٦، ٢٧].

وَهَذا أَصْلٌ فِيمَا ذَكَرْنَا فِي كلِّ مَا يشبهه والله أعلمُ، وباللَّهِ التوفيقُ.

وَقالَ ابْنُ القَاسمِ: لا يستحلفُ المَّدعى عَلَيهِ القَصَاصِ، وَلَا الضَّربِ بِالسَّوطِ وَمَا أَشْبَهَهُ، إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ عَدلٍ، فَيستحلفُ لَهُ كَالطَّلاقِ، وَالعتقِ إِذَا جَاءَتِ المَرْأَةُ، أو العَبْدُ بِشَاهِدٍ (وَاحِدٍ) عَدلٍ اسْتحلفَ الزوجُ، أو السَّيِّدُ مَا طلقَ، وَلَا أَعْتقَ.

قال أبو عمر: قالَ الشَّافعيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهما، وَالثَّوريُّ، وَأَحْمدُ، وَإِسْحاقُ، وَأَبُو ثَورٍ، كُلُّ مَنِ ادَّعى حَقًّا عَلى غَيرِهِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ اسْتحلفَ المدَّعى عَلَيهِ فِي كُلِّ مَا يسْتحقُّ مِنَ الحقوقِ كُلِّها.

وَحُجَّتُهم حَدِيثُ ابْنِ أبي مُلَيْكَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَو أُعْطِي قَومٌ بِدَعْوَاهُم لَادَّعى أَقْوَامٌ دَمَ أَقْوَامٍ، وَأَمْوَالَهم، وَلَكِنَّ البَيِّنَةَ عَلى المَدعِي، وَاليَمِينُ عَلى المُدَّعى عَلَيهِ»[١].

---

(١) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في الرهن باب ٦، ٢٠، ٢٣، والشهادات باب ١، وتفسير سورة ٣، باب ٣، ومسلم في الأقضية حديث ١، ٢، وأبو داود في الأقضية باب ٢٣، والترمذي في الأحكام باب ١٢، والنسائي في القضاة باب ٣٦، وابن ماجه في الأحكام باب ٧، وأحمد في المسند ١/ ٢٥٣، ٢٨٨، ٣٤٣، ٣٥١، ٣٥٦، ٣٦٣، ٢/ ٧٠.

[وَمِنْ رُوَاةِ هَذا الحَديثِ مَنْ لَا يذكرُ فِيهِ البَيِّنَةِ عَلى المدَّعِي، وَإِنَّما يَقُولُ: «اليَمينُ عَلى المُدَّعى عَليهِ»].

حدَّثني أحْمدُ بْنُ قاسم، وَعَبدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيانَ، قالَا، حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصْبغ، قالَ: حدَّثني الحَارِثُ بْنُ أبي أُسامَةَ، وَمُحمدُ بْنُ إسْماعِيلَ الصَّائغُ قَالَا: حدَّثني يَحيى بْنُ أبِي بُكَيْرٍ، قالَ: حدَّثني نافعُ بْنُ عُمَر - يَعْني الجمحيَّ - عَنِ ابْنِ أبِي مُلَيْكَةَ، قالَ: كَتَبْتُ إلى ابْنِ عَبَّاسٍ فِي امْرَأتَيْنِ كَانَتا تجوزانِ فِي البَيْتِ وَأَخْرَجَتْ إحْداهُما يَدَها تَشْخُبُ دَماً فَقَالَتْ: أصَابَتْنِي هَذِهِ، وأنْكَرَتِ الأخْرى، فكَتَبَ إليَّ ابْنُ عَبَّاسٍ أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى أنَّ اليَمِينَ عَلى المُدَّعى عَلَيهِ، وَقالَ: «لَو أنَّ النَّاسَ أُعْطُوا بِدَعْوَاهُم، لَادَّعى قَومٌ دَمَ قَومٍ وَأمْوَالَهُمْ» وَذَكَرَ تَمامَ الخَبرِ.

وَحدَّثني سَعِيدُ بْنُ نَصرٍ، قالَ: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أُصْبغٍ، قالَ حَدَّثني ابْنُ وَضَّاحٍ، قالَ: حدَّثني أبُو بَكْرٍ.

وَحدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيانَ، قالَ: حدَّثني قَاسِمٌ عنْ سُفْيانَ، قَالَ: حدَّثني بكيرُ بْنُ حَمَّادٍ، قالَ: حدَّثني مُسددٌ، قالَ: حدَّثني أبُو الأحْوصِ، عَنْ سماكٍ عَنْ عَلْقمةَ بْنِ وَائلِ بْنِ حجرِ الحضْرميِّ، عَنْ أبِيهِ، قالَ: جَاءَ رَجُلٌ مِنْ حضْرموت، وَرَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ إلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ الحضرميُّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! إنَّ هَذا غَلَبَني عَلى أرْضٍ لِي كَانَتْ لأبِي، فقالَ الكِنديُّ: هِيَ أرْضي فِي يَدي أزْرعهُا لَيْسَ لَهُ فِيها حَقٌّ، فقالَ النبيُّ ﷺ لِلْحضرميِّ: «ألَكَ بَيِّنَةٌ؟» فَقالَ: لَا قَالَ: «فَلَكَ يَمِينُهُ»[1] . . . وَذكرَ تَمامَ الحَدِيثِ.

وَلَيسَ فِي شَيْءٍ مِنَ الآثارِ المُسْنَدَةِ مَا يَدُلُّ عَلى اعْتِبارِ الخِلْطَةِ.

وَقالَ إسْماعِيلُ: إنَّما مَعْنى قَولِهِ عَلَيهِ السَّلامُ: «اليَمينُ عَلى المدَّعى عَلَيهِ، وَالبَيِّنَةُ عَلى المُدَّعِي» أنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَولُ المدَّعِي فِيمَا يَدَّعِيهِ مَعَ يَمِينِهِ، وَأنَّ المُدَّعى عَلَيهِ يُقْبَلُ قَولُهُ [مَعَ يَمِينِهِ] إنْ لَمْ يقمْ عَلَيهِ بَيِّنَة؛ لأنَّهُ أرَادَ بِذَلِكَ العُمُوم فِي كُلِّ مَنِ ادَّعي عَلَيهِ دَعْوى أنَّ عَلَيهِ اليَمِينَ، فَجاءَ - رَحمهُ اللَّهُ - بِعَينِ المحالِ، وَإلى اللَّهِ أرْغبُ فِي السَّلامَةِ عَلى كُلِّ حالٍ.

وَأمَّا قَولُهُ فِي حَدِيثِ وَائلِ بْنِ حجرٍ: «ألَكَ بَيِّنَةٌ»؟ فَفِيهِ أنَّ الحَاكِمِ يَبْدَأُ بِالمُدَّعِي، فَيَسْأَلُهُ: هَلْ لَكَ بِمَا تَدَّعِيهِ بَيِّنَةٌ؟ وَلا يسْألُ المدَّعى عَلَيهِ حَتَّى يسْمعَ مَا يَقُولُ المُدَّعِي، وَهَذا مَا لَا يَخْتَلِفُونَ فِيهِ.

---

(١) أخرجه مسلم في الإيمان حديث ٢٢٣، ٢٢٤، وأبو داود في الأيمان باب ١، والأقضية باب ٢٦، والترمذي في الأحكام باب ١٢، وأحمد في المسند ٤/ ٣٠٧، ٥/ ٢١٢.

٧ ـ باب القضاء في شهادة الصبيان

١٣٩٤ ـ مَالِكٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُروةَ؛ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَقْضي بِشَهادَةِ الصِّبْيانِ فِيمَا بيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ.

قَالَ مَالِكٌ: الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، أَنَّ شَهادَةَ الصِّبْيَانِ تَجُوزُ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ، وَلَا تَجُوزُ على غَيْرِهِمْ، وَإِنَّمَا تَجوزُ شَهَادَتُهُمْ فِيما بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ وَحْدَهَا، لا تَجُوزُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَتَفرَّقُوا، أَوْ يُخَبَّبُوا[1] أَوْ يُعَلَّمُوا، فَإِنِ افْتَرَقُوا فَلَا شَهَادَةَ لَهُمْ، إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَدْ أَشْهَدُوا الْعُدُولَ عَلى شَهادَتِهِمْ. قَبْلَ أَنْ يَفْترِقُوا.

وَذَكَرَ أَحْمدُ بْنُ المعدلِ، عَنْ عَبْدِ المَلكِ، قَالَ: لَمْ يَزَلْ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ قَدِيماً، وَهُوَ مُجْتمعٌ عَلَيهِ مِنْ رَأْيِ أَصْحَابِنا فِي شَهادَةِ الصِّبْيَانِ أَنْ يُؤْخَذَ بِها، مَا لَمْ يَتفرَّقُوا، أو يُخَبَّبُوا.

قَالَ عَبْدُ المَلكِ: وَلَا تَجوزُ مِنهُم (إِلَّا) شهادَةُ اثْنَيْنِ، فَصَاعِداً مِنَ الذُّكُورِ، أو غُلامٍ وَجَارِيَتَيْنِ.

قالَ: وَلَا تَكُونُ اليَمِينُ مَعَ شَهادَةِ الصِّبْيَانِ، وَإِنَّما اليَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ، وَلَا يَجُوزُ مِنَ الصِّبْيَانِ وَاحِدٌ.

وَهَذَا كُلُّهُ قَولُ ابْنِ القَاسِمِ أيضاً.

قال أبو عمر: قَدْ ذَكَرْنا اخْتِلافَ أَصْحابِ مَالِكٍ فِي شهادَةِ الجَوَارِي فِي الجراحِ، وَشهادَةِ الصِّبْيَانِ العَبِيدِ فِي ذَلِكَ فِي كِتَابِ اخْتِلافِهِم، وَاخْتِلافِ قَولِ مَالِكٍ.

وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّ شَهادَةَ الصِّبْيَانِ الأحْرارِ جَائِزَةٌ فِي الجراحِ إِذَا لَمْ يَحْضُرْهم كَبِيرٌ، فَإِنْ حَضَرَ مَعَهُم كَبِيرٌ لَمْ تَجُزْ شَهادَتُهم عِنْدَهُم؛ لأنَّهُ لا تَجُوزُ عِنْدَهُم شَهادَةُ الصِّبْيانِ حَيْثُ يَكُونُ الرِّجَالُ.

وَقالَ ابْنُ حبيبٍ: لَا نَعْلَمُ خِلافاً أَنَّ شَهادَةَ الصِّبْيانِ لَا تَجُوزُ حَيْثُ (يَكُونُ الرِّجالُ) الكِبَارُ العُدُولُ.

وَقالَهُ سَحْنُونُ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ أَجَازَهَا.

وَقالَ ابْنُ القَاسِمِ: تَجُوزُ شهادَةُ الصِّبْيانِ فِي القَتْلِ وَالجِراحِ إِذَا كَانُوا ذُكُوراً قَبْلَ أَنْ يَتَفرَّقُوا.

١٣٩٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٩، من كتاب الأقضية، باب ٧ (القضاء في شهادة الصبيان).

(١) يخببوا: أي يخدعوا، من الخب، الخداع.

قَالَ سَحْنونُ: وَقالَ غَيرُ وَاحِدٍ مِنْ كِبارِ أصْحابِ مَالِكٍ: لَا تَجُوزُ شَهادَتُهم فِي القَتْلِ، وَإِنَّما تَجُوزُ فِي الجِرَاحِ.

قال أبو عمر: اخْتُلِفَ عَنِ ابْنِ الزُّبيرِ فِي إجازَةِ شهادَةِ الصِّبْيانِ، وَالأصَحُّ عَنْهُ أنَّهُ كانَ يُجِيزُها إذا جِيءَ بِهِمْ مِنْ حَالِ حُلُولِ المُصِيبَةِ وَنُزُولِ النَّازِلَةِ.

وَأمَّا ابْنُ عَبَّاسٍ، فَلَمْ يُخْتَلَفْ عَنْهُ أنَّهُ لَمْ يجزْها، وَكانَ لَا يَراها شَيْئاً.

وَروِي عَنْ عَلِيٍّ - رَضِي اللَّهُ عَنْهُ - أنَّهُ كَانَ (يُجيزُ شَهادَةَ الصِّبْيَانِ بَعْضهم عَلى بَعْضٍ) إذَا أتوا فِي الحَالِ قَبْلَ أنْ يعلمَهم أهْلُوهم، وَلَا يجيزُها عَلى الرِّجالِ.

وَالطُّرُقُ عَنْهُ بِذَلِكَ ضَعِيفَةٌ.

وَهُوَ قَولُ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، وَعُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، وَأبي جَعْفَرٍ؛ مُحمدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ حسينٍ، وَعَامِرِ الشعبيِّ، وَابْنِ أبي لَيلى، وَابْنِ شِهابِ الزهريِّ، وَإبْراهِيمَ النخعيِّ؛ عَلى اخْتِلافٍ عَنْهُ، [إلَّا] أنَّهُ لَيْسَتِ الرِّوَايَاتُ عَنْهُم لم تَذْكُرْ جِراحاً وَلَا غَيرها إلَّا أجازتها فِيما بَيْنَهُم مُطْلَقةٌ.

وَقالَ الشَّافعيُّ، وَأبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحابُهما، وَابْنُ شبرمةَ، وَالثوريُّ: لَا تَجُوزُ شهادَةُ الصِّبْيَانِ فِي شَيْءٍ مِنَ الأشْياءِ لَا فِي جِراحٍ، وَلَا غَيرِها بِحالٍ، وَإنْ لَمْ يَتفَرَّقُوا.

قَالُوا: وَإنَّما أَمَرَ اللَّهُ - عَزَّ وجلَّ - بِشهادَةِ مَنْ يَرْضى، وَكَيْفَ تُقْبلُ شهادَةُ مَنْ إذا فَارقَ مَكانهُ لَمْ يُؤْمَنْ عَلَيهِ أنْ يُعَلَّم وَيُخبَّبَ؟ [وَمَن لا يَرْضى اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الشَّهادَةِ].

فَإنْ قِيلَ: إنَّ ابْنَ الزُّبَيرِ أجَازَها، قِيلَ لَهُ: ابْنُ عَبَّاسٍ رَدَّها، والقرآنُ يَدُلُّ عَلى إبْطَالِها.

قال أبو عمر: مِنْ حُجَّةِ مَنْ لَمْ يُجِزْها، وَلَمْ يَرَها شَيْئاً ظَاهِرُ قَولِ اللَّهِ - عزَّ وجلَّ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وَقَولُهُ تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ثُمَّ قالَ تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والصَّبِيُّ لَيسَ بِعَدلٍ، وَلاَ رضيٍّ.

وَقالَ عَزَّ وجلَّ فِي الشَّهادَةِ: ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وَلَيسَ الصَّبيُّ كَذَلِكَ؟ لأنَّهُ غَيرُ مُكلَّفٍ، فَدلَّ عَلى أنَّهُ لَيس مِنْ أهْلِ الشَّهادَةِ بِنَصِّ القُرآنِ، وَاللَّهُ المُسْتَعانُ.

ذكرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قالَ: أخْبرنا ابْنُ جُريجٍ، قالَ أخْبرني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أبي مُلَيْكَةَ أنَّهُ أرْسلَ إلى ابْنِ عَبَّاسٍ وَهُوَ قَاضٍ لابْنِ الزُّبَيْرِ يَسْأَلُهُ عَنْ شهادَةِ الصِّبيانِ، فَقَالَ: لَا أرى أنْ تَجُوزَ شهادَتُهم إنَّما أَمَرَ اللَّهُ تعالى مِمَّنْ يرضى، وَالصَّبِيُّ لَيْسَ بِرَضِيٍ.

قالَ: وَأخْبرنا معمرٌ، عَنْ أيُوبَ، عَنِ ابْنِ أبي مُلَيْكَةَ أنَّهُ كَانَ قَاضِياً لابْنِ الزُّبَيْرِ، فَأرْسلَ إلى ابْنِ عَبَّاسٍ يَسْألُهُ عَنْ شهادَةَ الصِّبْيَانِ؟ فَلَمْ يُجزْها، وَلَمْ يَرَها شَيْئاً.

قَالَ مَعمرٌ؛ وَسَمِعْتُ مَنْ يقُولُ: تُكْتَبُ شهادَتُهم، ثُمَّ تقرُّ حتَّى يَكْبرَ الصَّبِيُّ، ثُمَّ يُوقَفُ عَلَيها، فَإنْ حَفِظَها جازَتْ.

قَالَت: وَأخْبرنا ابْنُ جُريجٍ، قالَ: زَعَمَ إسْماعِيلُ بْنُ مُحمدٍ، وَيَعْقُوبُ بْنُ عُتبة، وَصَالِحٌ أنْ لَيْسَ لِمن لَمْ يَبْلُغِ الحلمَ شهادة.

وَهُوَ قَولُ شُريحٍ القَاضِي، وَالشعبيّ، وَابْنِ أبي لَيلى، عَلى اخْتِلافٍ عَنْهُم فِي ذَلِكَ.

وَقَولُ القَاسِمِ، وَسالمٍ، وَمكْحولٍ، وَعَطاءٍ، وَالحَسَنِ.

وَبِهِ قَالَ أحْمدُ، وَإسْحاقُ، وَأبُو عُبيدٍ، وَأبُو ثَورٍ، واللّهُ المُوَفِّقُ.

٨ ـ باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ

١٣٩٥ ـ مَالِكٌ، عَنْ هاشم بن هاشم بْنِ عُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نِسْطَاسٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الأنْصَارِيّ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ حَلَفَ عَلى مِنْبَرِي آثِماً تَبَوَّأ[1] مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ».

وَهَكَذا قَالَ مَالِكٌ: هَاشِمُ بْنُ هاشمٍ، وَهُوَ: هَاشِمُ بْن هَاشِمِ بْن هاشم بْنِ عُتْبةَ بْنِ أبي وَقَّاصٍ الزُهري، روى عَنْهُ (مَالِكٌ) أبُو ضمرةَ ـ أَنَسُ بْنُ عياضٍ ـ وَمكيُّ بْنُ إبْراهيمَ، وشجاعُ بْنُ الوَلِيدِ أبُو بدر السكوني.

وَقَدْ قِيلَ: إنَّ هَاشِمَ بْنَ هَاشِمٍ الَّذِي روى عَنْهُ مَالِكٌ، هُوَ أبُو هَاشِمِ بْنُ هاشمٍ.

وَقَدْ جعَلَهُمَا أبُو حَاتِمِ الرازيُّ وَاحِداً، فَقَالَ: «هَاشِمُ بْنُ هَاشَمِ بْنِ هَاشِمِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ أبي وَقَّاصٍ الزهريُّ، رَوَى عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ وَعَامِرِ بْنِ سَعْدٍ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ نسطاس روى عَنْهُ مَالِكٌ، والدَّرَاوَرْدِيُّ، وَأنَسُ بْنُ عياضٍ، وَمَروانُ الفزاريُّ، وَمكيُّ بْنُ إبْراهِيمَ».

وَأمَّا عَبْدُ اللّهِ بْنُ نِسْطَاسٍ، فهذليٌّ تَابِعِيٌّ ثِقَةٌ.

١٣٩٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٠، من كتاب الأقضية، باب ٨ (ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ)، وقد أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور حديث ٣٢٤٦، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٣٢٥، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/١٧٦، والحاكم في المستدرك ٤/٣٩٦.

(١) تبوأ: أي اتخذ.

قَالَ مُصْعَبٌ: كَانَ أَبُوهُ ـ نسطاسُ ـ مَولى أُبَيِّ بْنِ خلفٍ، أَدْرَكَ الجَاهِلِيَّةَ.

وَقالَ ابْنُ بكيرٍ والقعنبيُّ، وَابْنُ القَاسِمِ، وَطَائِفَةٌ فِي هَذا الحَدِيثِ: «مَنْ حَلفَ عَلى مِنْبَرِي هَذا، فَاليَمِينُ آثِمَةٌ».

وَالمَعْنى فِي ذَلِكَ سَواءٌ، وَهُوَ اشْتِراطُ الإِثْمِ فِي الوَعِيدِ دُونَ (البرّ).

وَمَذْهَبُنا فِي الوَعِيدِ كُلِّهِ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِۦ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ لِمَن يَشَآءُ﴾ [النساء: ٤٨].

وَمِثْلُ هَذا فِي الوَعِيدِ حَدِيثُ مَالِكٍ فِي هَذا البَابِ أيضاً.

١٣٩٦ ـ عَنِ الْعَلاَءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ معْبَدِ بْنِ كَعْبِ السَّلمِيِّ، عَنْ أَخِيهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ الأنْصارِيِّ عَنْ أبي أُمَامةَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ، وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ». قَالُوا: وَإِنْ كَانَ شَيْئاً يَسِيراً يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «وَإِنْ كَانَ قَضِيباً مِنْ أَرَاكٍ. وَإِنْ كَانَ قَضِيباً مِنْ أَرَاكٍ، وَإِنْ كَانَ قَضِيباً مِنْ أَرَاكٍ»[1] قَالَهَا ثَلاَثَ مَرَّاتٍ.

وَهَذا أيضاً وَعِيدٌ شَدِيدٌ عَامٌّ يَدْخُلُ فِيهِ اقْتِطاعُ الحقُوقِ عِنْدَ مِنْبرِ النبيِّ ﷺ، وَغَيرِ مِنْبَرِهِ.

قَالَ مَالِكٌ ـ رحمه الله: «عَلى مِنْبَرِي»؟ يُرِيدُ عِنْدَ مِنْبَرِي.

قال أبو عمر: قَولُهُ ﷺ: [«مَنْ حَلفَ عَلى مِنْبَرِي»] تَخصِيصٌ مِنْهُ لِمْنبرِهِ ﷺ بِذَلِكَ الوَعِيدِ الشَّدِيدِ، وفصل لَهُ، ثُمَّ عَمَّمَ ﷺ مَا فِي اقْتِطاعِ المَرْءِ المُسْلِمِ بِالوَعِيدِ أيضاً ـ عَصَمَنا اللَّهُ، وَوَفَّقَنا لِمَا يَرْضاهُ.

وَقَدْ رَوى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ، والأشْعثُ بْنُ قَيْسٍ، عَنِ النبيِّ ﷺ مِثْلَ هَذا المَعْنى فِي اقْتِطاعِ مَالِ المُسْلِمِ وَلَمْ يَذْكُرْ مِنْبَرَ النبيِّ ﷺ، وَلَا غَيْرَهُ.

وَحَدَّثني سَعِيدٌ، وَعَبْدُ الوَارِثِ، قالَا: حدَّثني قَاسِمٌ، قالَ: حدَّثني ابْنُ وَضَّاحٍ، قالَ: حدَّثني أبُو بَكْرِ بْنُ أبي شَيْبَةَ، قالَ: حدَّثني وَكِيعٌ، قالَ: حدَّثني الأعْمشُ، عَنْ أبي وَائِلٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ، قالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ حَلفَ عَلى يَمِينِ صَبْرٍ يقْتَطِعُ

١٣٩٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٦، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه مسلم في الإيمان، باب ٥٩ (وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار) حديث ٢١٨، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٣٢٤، والدارمي في البيوع حديث ٢٦٠٣ والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ١٧٩.

(١) أراك: شجر يستاك بقضبانه، الواحد أراكة، ويقال: هي شجرة طويلة، ناعمة كثيرة الورق، والأغصان، ولها ثمر في عناقيد يسمى البرير، يملأ العنقود الكف.

بِها مَالَ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ، وَهُوَ فِيها كَاذبٌ، لقي اللَّهَ تعالى، وَهُوَ عَلَيهِ غَضبانٌ»[١].

قَالَ: فَدخَلَ الأشْعَثُ بْنُ قَيْسٍ، فَقالَ: مَا يُحدِّثُكُم أبو عَبْدِ الرَّحمنِ؟ قُلْنا: كَذَا وَكَذا، قالَ: (صَدَقَ) فيَّ نَزلَتْ، كَانَ بَيْنِي وَبيْنَ رَجُلٍ خُصُومَةٌ فِي أرْضٍ، فَخَاصَمْتُهُ إلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فقالَ: «بيِّنَتُكَ» فَلَمْ تَكُنْ لي بيِّنَةٌ، فَقالَ لَهُ: «احْلِفْ» قُلْتُ: إذَنْ يَحْلفُ، فَقالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عِنْدَ ذَلِكَ: مَنْ حَلفَ عَلى يَمِينِ صَبْرٍ لِيَقْتَطِعَ بِها مَالَ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ، وَهُوَ فِيها فَاجِرٌ، لقيَ اللَّهَ، وَهُوَ عَليهِ غضبان، فَنَزَلَتْ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُوْلَـٰٓئِكَ﴾ الآية [آل عمران: ٧٧][٢] وَرَواهُ مَنْصُورٌ، عَنْ أبي وَائِلٍ [مثله] بِمَعْناهُ.

٩ ـ باب جامع ما جاء في اليمين على المنبر

١٣٩٧ ـ مَالِكٌ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ؛ أنَّهُ سَمِعَ أبَا غَطفَانَ بْنَ طَرِيفٍ الْمُرِيِّ يَقُولُ: اخْتَصَم زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ الأنْصَارِيُّ وَابْنُ مُطِيعٍ فِي دَارٍ كانَتْ بَيْنَهُمَا، إلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، وَهُوَ أمِيرٌ عَلَى الْمَدِينَةِ، فَقَضَى مَرْوَانُ عَلَى زيدِ بْنِ ثابتٍ بِالْيَمِينِ عَلَى المِنْبَرِ. فقالَ زيدُ بْنُ ثَابِتٍ: أحلفُ لَهُ مَكَانِي. قَالَ فَقَالَ مروانُ: لاَ وَاللَّهِ إلا عِنْدَ مَقَاطِعِ الْحُقُوقِ، قَالَ فَجعَلَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَحْلِفُ أنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ، وَيأْبَى أنْ يَحْلِفَ عَلَى الْمِنْبَرِ، قَالَ فَجعَلَ مَرْوَانُ بْنُ الْحَكَمِ يَعْجَبُ مِنْ ذلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أرَى أنْ يُحَلَّفَ أحَدٌ عَلَى الْمِنْبَرِ، عَلَى أقَلَّ مِنْ رُبُعِ دِينَارٍ. وَذلِكَ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ.

قال أبو عمر: جُمْلَةُ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي هَذا البَابِ أنَّ اليَمِينَ لاَ تَكُونُ عِنْدَ المِنْبَرِ مِنْ كُلِّ جَامعٍ، وَلاَ فِي الجَامعِ حَيْثُ كانَ إلاَّ فِي رُبْعِ دِينارٍ ـ ثَلاثَة دَرَاهِمَ فَصَاعِداً، أو فِي عرضٍ يُسَاوِي ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ، وَمَا كانَ دُونَ ذَلِكَ حَلفَ فِيهِ فِي مَجْلسِ الحَاكِمِ، أو حَيْثُ شَاءَ مِنَ المَوَاضعِ فِي السُّوقِ، وَغَيرِها.

---

(١) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في الشهادات باب ١٩، ٢٣، ٢٥، والمساقاة باب ٤، ١٠، والخصومات باب ٤، وتفسير سورة ٣، باب ٣، والأيمان باب ١١، ١٧، ومسلم في الإيمان حديث ٢٢٠، وأبو داود في الأيمان باب ١، والترمذي في البيوع باب ٤٢. وتفسير سورة ٣، باب ٤، وابن ماجه في الأحكام باب ٨، وأحمد في المسند ١/ ٣٧٧، ٣٧٩، ٤٢٦، ٤٤٢، ٤٦٠، ٤/ ١٩٢، ٥/ ٢٥، ٧٩، ٢١١.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

١٣٩٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٢، من كتاب الأقضية، باب ٩ (جامع ما جاء في اليمين على المنبر).

قالَ مَالِكٌ: يَحْلفُ المُسْلِمُ فِي القسَامَةِ، وَاللِّعانِ، وَفِيما لَهُ بالٌ مِنَ الحقُوقِ على رُبعِ دِينارٍ، فَصاعِداً فِي جَامعِ بَلَدِهِ فِي أعْظَمِ مَوَاضِعِهِ، وَلَيسَ عَلَيهِ التَّوَجُّهُ إلى القِبْلَةِ.

هذهِ رِوَايَةُ ابْنِ القَاسِمِ.

وَروى ابْنُ الماجشونِ، عَنْ مَالِكٍ أنَّهُ يَحلفُ قَائِماً مُسْتَقْبلَ القِبْلَةِ.

قالَ: وَلَا يَعْرفُ مَالِكٌ اليَمِينَ عِنْدَ الْمِنبرِ إلَّا مِنْبَرَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقط، يحْلفُ عِنْدَهُ فِي رُبعِ دِينارٍ، فَأكْثَرَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ أبى أنْ يَحْلِفَ على المِنْبَرِ، فَهُوَ كَالنَّاكِلِ عَنِ اليَمِينِ، وَيحْلفُ فِي أيْمانِ القَسامةِ عِنْدَ مَالِكٍ إلى مَكَّةَ كُلّ مَنْ كَانَ مِنْ عَملِها، فَيحْلفُ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالمقام [وَيحْلفُ فِي ذَلِكَ إلى المَدِينةِ مَنْ كانَ مِنْ عَملِها، فَيحْلفُ عِنْدَ المنْبَرِ].

وَمَذْهَبُ الشَّافعيِّ فِي اليَمِينِ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالمقام بِمَكَّةَ، وَعِنْدَ مِنْبَرِ النبيِّ ـ عَليهِ السَّلامُ ـ بِالمَدِينَةِ نَحو مَذْهَبِ مَالِكٍ، إلَّا أنَّ الشَّافعيَّ لَا يرى اليَمِينَ عِنْدَ المِنْبَرِ بِالمَدِينةِ، وَلَا بَيْنَ الرُّكْنِ وَالمقام بمَكَّةَ، إلَّا فِي عِشْرِينَ دِيناراً، فَصَاعِداً.

وَذكرَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ سَالِمِ القداحِ، [عَنِ ابْنِ جُرَيجٍ]، عَنْ عِكْرمةَ، قالَ: أبْصَرَ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَوفٍ قوماً يَحْلِفُونَ بَيْنَ المقام، وَالبَيْتِ، فَقالَ: أعَلَى دَمٍ؟ قِيلَ: لَا، فَقالَ: على عظيمٍ مِنَ الأمْوَالِ؟ قالوَا: لَا، قَالَ: لَقَدْ خَشيتُ أنْ يتهاوَنَ النَّاسُ بِهذا المقامِ.

هَكَذا رَواهُ الحَسَنُ بْنُ مُحمدٍ الزعفرانيُّ، عَنِ الشَّافعيِّ «يتَهاونُ النَّاسُ».

وَرَواهُ المزنيُّ، وَالرّبيعُ فِي كِتابِ اليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، فَقالَا فِيهِ: لَقَدْ خَشيتُ أنْ يَبْهَأ النَّاسُ بِهذا المقامِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ عِنْدَهُم.

وَمَعْنى يَبْهَأ يأْنسُ النَّاسُ بِهِ، يُقالُ: بَهَأْتُ به، أيْ أنِسْتُ بِهِ.

قالَ: وَمِنْبَرُ النبيِّ ـ عليه السلام ـ فِي التَّعْظِيمِ مِثْلُ ذَلِكَ؛ لِمَا وَرَدَ فِيهِ مِنَ الوَعِيدِ عَلى مَنْ حَلفَ عِنْدَهُ بِيَمِينٍ كَاذِبَةٍ تَعْظِيماً لَهُ.

قالَ الشَّافعيُّ: وَبَلَغَنِي أنَّ عُمرَ بْنَ الخطَّابِ حَلفَ عِنْدَ المِنْبَرِ فِي خصُومةٍ كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَجُلٍ وَأنَّ عُثْمانَ ردّت عَليهِ اليَمِين عَلى المِنْبَرِ، فَافْتدى مِنْها، وَقالَ: أخافُ أنْ يوافقَ قَدَرٌ بلاء، فَيُقالُ بِيَمِينِه.

قالَ الشَّا‌ ‌يُّ: وَاليَمِينُ عَلى المِنبَرِ مَا لَا خِلافَ فِيهِ عِنْدَنا بِالمَدِينَةِ وَمَكَّةَ فِي قَدِيمٍ، وَلَا حَدِيثٍ.

قال أبو عمر: اليَمِينُ عِنْدَ المِنْبَرِ مَذْهَبُ الشَّافعيِّ، وَأصْحابِهِ فِي كُلِّ البلْدَانِ ـ قِياساً على العَملِ مِنَ الخَلفِ وَالسَّلَفِ بِالمَدِينَةِ عِنْدَ مِنبَرِ النبيِّ ﷺ.

قالَ الشَّافعيُّ: وَقَدْ عَابَ قَولَنا هَذا عَائِبٌ تركَ فِيهِ [مَوْضعَ حَجَّتنا]؛ لِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَالآثارِ بَعْدَهُ عَنْ أصْحابِهِ، وَزعمَ أنْ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ كَانَ لا يرى اليَمِينَ عَلى المِنبَرِ، وَإِنَّا روينا ذَلِكَ عَنْهُ، وَخَالَفْناهُ إلى قَولِ مَرْوانَ [ابن الحكم] بِغَيرِ حُجَّةٍ.

قالَ: وَهَذا مَرْوَانُ يَقُولُ لِزَيْدٍ ـ وَهُوَ عِنْدَهُ أحْظى أهْلِ زَمَانِهِ وَأرْفَعُهم لَدَيهِ مَنْزِلَةً ـ: «لَا وَاللَّهِ، إلا عِنْدَ مَقاطعِ الحقُوقِ».

قالَ: فَما منعَ زَيد بن ثَابِتٍ، لَو يعْلمُ أنَّ اليَمِينَ عَلى المِنبَرِ حقٌ أن يَقُولَ لِمَرْوَانَ مَا هُوَ أعْظَمُ مِنْ هَذا وقَدْ قَالَ لَهُ: أتُحِلُّ الرِّبا يَا مَرْوَانُ؟ فَقالَ مَرْوَانُ: أعُوذُ بِاللَّهِ، وَمَا هذا؟ [فَقَالَ:] فالنَّاسُ يَتَبَايَعُونَ الصُّكُوكَ قَبْلَ أنْ يَقْبضُوها. فَبَعَثَ مَرْوَانُ الحَرسَ يَنْتَزِعُونها مِنْ أيْدِي النَّاسِ، فَإِذا كَانَ مَرْوَانُ لَا يُنكرُ عَلى زَيْدٍ هَذا، فَكَيْفَ يُنكِرُ عَلى نَفْسِهِ أنْ يلْزمَهُ اليَمِينَ عَلى المِنبَرِ؟! لَقَدْ كَانَ زَيْدٌ مِنْ أعْظَم أهْلِ المَدِينَةِ فِي عَينِ مَرْوَانَ، وَآثرِهِم عِنْدَهُ، وَلَكِنَّ زَيْداً عَلمَ أنَّ مَا قضى بِهِ مَرْوَانُ حَقٌّ، وَكَرهَ أنْ تَصْبرَ يَمِينُهُ عِنْدَ المنْبَرِ.

قالَ الشَّافعيُّ: وَهذا الأمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنا وَالَّذِي نقلَ الحَدِيثَ فِيهِ كَأنَّهُ تكلفَ لاِجْتِماعِنا عَلى اليَمِينِ عِنْدَ المِنبَرِ [لَقَدْ كَانَ زَيْدٌ مِنْ أعْظَم أهْلِ المَدِينَةِ. . .، ثُمَّ ذكرَ أحادِيثَ عَنِ السَّلفِ مِنَ الصَّحابَةِ فِي اليَمِينِ عِنْدَ المِنْبَرِ] مِنْها الحَدِيثُ عَنِ المُهاجِرِ بْنِ أبي أُمَيَّةَ، قَالَ: كَتَبَ إليَّ أبو بَكْرٍ رضي اللَّهُ عَنهُ أنِ ابْعَثْ إليَّ بِقَيْسِ بْنِ مكشوح فِي وثاقٍ، فَبَعَثْتُ إليهِ بِهِ فَجعلَ قَيْسٌ يَحْلِفُ مَا قتلَ دَاذويه، فَأحْلَفَهُ أبُو بَكْرٍ خَمْسِينَ يَمِيناً عِنْدَ مِنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِاللَّهِ مَا قَتلَهُ، وَلَا علمَ لَهُ قَاتِلاً، ثُمَّ عَفَا عَنْهُ.

قال أبو عمر: وَأمَّا اخْتِلافُ الفُقهاءِ فِي اليَمِينِ عِنْدَ المِنبَرِ بِالمَدِينَةِ، وَغيرِها مِنَ البُلْدَانِ، وَبِمَكَّةَ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالمقامِ، فَقَدْ ذَكَرْنا عَنْ مَالِكٍ، وَالشَّافعيِّ فِي ذَلِكَ مَا بانَ بِهِ مَا ذَهَبا إليهِ هُما، وَأصْحابُهما.

وَقالَ ابْنُ أبي أُويسٍ: قالَ مَالِكٌ فِي الأيْمانِ الَّتِي تَكُونُ بَيْنَ النَّاسِ في الدِّماءِ، وَاللِّعانِ، والحقُوقِ: لَا يحلفُ [فِيها عِنْدَ مِنبَرٍ] إلَّا عِنْدَ مِنبَرِ النَّبيِّ ﷺ فِي القَسامَةِ فِي الدِّماءِ، وَاللِّعانِ، [وَالحقُوقُ] فِيما بلغَ ثَلاثَةَ دَراهِمَ مِنَ الحقُوقِ، وَأمَّا سَائِرُ المَساجِدِ، فَإِنَّهُم يحْلِفُونَ فِيها، وَلَا يحْلفُونَ عِنْدَ مَنابِرِها.

وَأمَّا أبُو حَنِيفَةَ، فَذكرَ الجوزجانيُّ، وَغيرُهُ، عَنْ أبي حَنِيفَةَ، وَأبي يُوسُفَ، وَمُحمدٍ، قَالُوا: لَا يجبُ الاسْتِحلافُ عِنْدَ مِنبَرِ ﷺ عَلى أحدٍ، وَلَا بَيْنَ الرُّكْنِ وَالمقام عَلى أحَدٍ فِي قَليلِ الأشْياءِ، وَلَا كثِيرِها، وَلَا فِي الدِّماءِ، وَلَا فِي غَيْرِها، وَلكِنَّ الحُكَّامَ يُحَلِّفُونَ من وَجَبتْ عَلَيهِ اليَمِينُ فِي مَجَالِسِهم.

١٠ ـ باب ما لا يجوز من غلق الرهن

١٣٩٨ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ».

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ، فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ عِنْدَ الرَّجُلِ بِالشَّيْءِ، وَفي الرهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رُهِنَ بِهِ، فَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرتَهِنِ: إِنْ جِئْتُكَ بِحَقكَ إِلَى أَجَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَكَ بِمَا رُهِنَ فِيهِ.

قَالَ: فَهذَا لَا يَصْلُحُ وَلَا يَحِلُّ، وَهذا الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ، وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ بِالَّذِي رَهَنَ بِهِ بَعْدَ الأَجَلِ فَهُوَ لَهُ، وَأَرَى هَذَا الشَّرْطَ مُنْفَسِخاً.

قال أبو عمر: قَدْ ذَكَرْنا فِي «التَّمْهِيدِ» مَنْ وَصَلَ الحَدِيثَ، فَجعلَهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، عَنْ أَبي هُرَيْرَةَ [مِنْ رُوَاةِ مَالِكٍ، وَمِنْ رُواةِ ابْنِ شِهابٍ أيضاً، وَمِنْهُم مَنْ يَرْويهِ عَنِ] ابْنِ شِهابٍ عَنْ سَعِيدٍ، وَأَبي سَلَمَةَ، عَنْ أبي هُريرةَ عَنِ النبيِّ ﷺ.

وَمِنْهُم مَنْ يزيدُ فِيهِ مُرْسَلاً، وَمُسْنداً «الرهن مِمَّن رَهنَهُ لَهُ غُنمهُ، وَعَلَيهِ غُرْمهُ».

وَجَعَلَهُ بَعْضُهم مِنْ قَولِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ.

وَقَدْ حَدَّثنا خَلفُ بْنُ قَاسِم، قالَ: حدَّثني عليُّ بْنُ الحَسَنِ، وَأَحْمدُ بْنُ مُحمدِ بْنِ يَزِيدَ الحلبيُّ، قالاَ: حدَّثَني عليُّ بْنُ عَبْدِ الحَمِيدِ الغَضَائِرِي، قالَ: حدَّثني مُجَاهِدُ بْنُ مُوسى، قالَ: حدَّثني معنُ بْنُ عِيسى، عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، عَنْ أبي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ وَهُوَ مِنْ صَاحِبِهِ»(١).

هَكذا جَاءَ هَذا الإِسْنَادُ عَنْ معنِ بْنِ عِيسى، وَلَيسَ كَذَلِكَ فِي المُوَطَّإِ.

وَرَواهُ معمرٌ، وابْنُ أبي ذِئْبٍ، وَيحيى بْنُ أبي أُنَيْسَةَ، كُلُّهم عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ سَعِيدٍ، عَنْ أبي هُرَيْرَةَ، عَنِ النبيِّ ﷺ، قالَ: «لَا يغْلقُ الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ، وعَلَيهِ غُرْمُهُ».

وَقَدْ ذَكَرْنا الأَسَانِيدَ بِكُلِّ ذَلِكَ مِنْ طُرُقٍ مُتَوَاتِرَةٍ فِي «التَّمْهِيدِ»، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً.

وَأَصْلُ هَذا الحَدِيثِ عِنْدَ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ بِهِ مُرْسَلٌ، وَإِنْ كَانَ قَدْ وصلَ مِنْ

١٣٩٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٣، من كتاب الأقضية، باب ١٠ (ما لا يجوز من غلق الرهن)، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٣٩، والحاكم في المستدرك ٢/ ٥١، وعبد الرزاق في المصنف ٨/ ٢٣٨.

(١) أخرجه بهذا اللفظ ابن ماجه في الرهون باب ٣.

جهاتٍ كَثيرَةٍ إِلَّا أَنَّهُم يُعَلِّلُونَها عَلى مَا ذكَرْنا عَنْهُم فِي «التمهِيدِ» وَهُم مَعَ ذَلِكَ لَا يَدْفعُهُ، بَلِ الجَميعُ يَقْبلُهُ، وَإِنِ اخْتَلَفُوا فِي تَأْوِيلِهِ.

وَالرِّوَايَةُ فِيهِ: «لَا يغْلَقُ الرَّهْنُ» بِضَمِّ القَافِ على الخَبرِ، بِمَعْنى الرَّهنِ لَيْسَ يَغْلَقُ، أَيْ لا يذهبُ، وَلَا يتلفُ بَاطِلاً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَالنَّحويّونَ يَقُولُونَ: غلقَ الرَّهنُ إِذا لَمْ يُوجَدْ لَهُ تَخلصٌ.

قَالَ زُهيرٌ:

وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لَافكَاكَ لَهُ ... يومَ الوَدَاعِ فَأَمْسى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا[1]

وَقالَ قعنبُ ابْنُ أُمِّ صَاحِبٍ:

بَانَتْ سُعادُ، وَأَمْسى دُونَها عدن ... وَغلقت عِنْدَها مِنْ قَلبِكَ الرُّهنُ[2]

وَقالَ آخرُ:

كَأَنَّ القَلْبَ لَيْلَةَ قِيلَ يغدي ... بِلَيْلَى العَامِرِيَّةِ أو يراحُ

قَطَاةٌ عَرَّهَا شَرَكٌ فَباتَتْ ... تُجاذِبُهُ، وَقَدْ غَلِقَ الجَنَاحُ[3]

وَقَدْ أَكْثَرنْا فِي «التَّمْهِيدِ» مِنَ الشَّوَاهِدِ [بِالشِّعْرِ] فِي هَذا المَعْنى.

وَقالَ أَبُو عُبيدٍ: لَا يَجُوزُ في كَلام العَرَبِ أَنْ يُقالَ فِي الرَّهنِ إِذا ضاعَ قَدْ غَلِقَ إِنَّما [يقالُ: قَدْ غلقَ إذا] استحقَّهُ المُرتْهنُ، فَذهبَ بِهِ، ثُمَّ ذكرَ نَحو تَفْسيرِ مَالِكٍ لَهُ فِي الموطأ.

وَعلى نَحوِ تَفْسيرِ مَالِكٍ لِذَلِكَ فسَّرَهُ سُفْيانُ الثوريُّ.

وَبِمِثْلِ ذَلِكَ جَاءَ تَفْسِيرُهُ عَنْ شُريحٍ القَاضِي، وَطَاوُسٍ، وَإِبْرَاهِيمَ النخعيِّ.

وَقَدْ كانَ الزُّهريُّ يَقُولُهُ، ثُمَّ رَجعَ عَنْهُ.

أَخْبرنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ يحيى بْنِ عَمْرٍ [قالَ: حدَّثني] عليُّ بْنُ حَربٍ، قالَ: حدَّثني سُفيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ عَمْرٍو، عَنْ طَاوسٍ، قالَ: إذا رهنَ الرَّجُلُ الرَّهنَ، فَقالَ صَاحِبُهُ: إِنْ لَمْ آتِكَ إِلى كَذا وَكَذا، فالرَّهْنُ لَكَ، قَالَ: لَيسَ بِشَيْءٍ [وَلكِنْ يُباعُ، فَيأْخذُ حَقَّهُ، ويَردُّ مَا فضلَ.

---

(١) البيت من البسيط، وهو لزهير بن أبي سلمى في ديوانه ص٣٣، ولسان العرب (غلق)، وكتاب العين ٥/ ٢٨٤، ومجمل اللغة ٤/ ١٦، ومقاييس اللغة ٤/ ٣٩١، وديوان الأدب ٢/ ٢٤٦، وأساس البلاغة (فكك)، وتاج العروس (فكك)، (غلق).

(٢) البيت من البسيط، وهو لقعنب ابن أم صاحب في لسان العرب (رهن)، وتاج العروس (رهن).

(٣) البيتان بلا نسبة في الأغاني ١/ ٣٣٨، ٢/ ٢٧.

رَوى هشيمٌ، عَنْ مَنْصُورٍ، عَنْ إبْرَاهِيمَ، قالَ: إذا أقْرَضَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ قَرْضاً، وَرَهَنَهُ رَهْناً، وَقالَ لَهُ: إنْ أتَيْتكَ بِحَقّكَ إلى أجَلِ كَذا، وَإلّا فَهُوَ لَكَ بِما فِيهِ.

قَالَ: لَيسَ هَذا بِشَيْءٍ، هُوَ رَهْنٌ عَلى حَالِهِ لَا يَغْلَقُ.

وَهَذا كُلُّهُ كَما فَسَّرَهُ مَالِكٌ ـ رَحمهُ اللّهُ.

وَهَذَا يَدُلُّ على أنَّ قَولَهُ «لَا يَغْلَقُ الرَّهنُ» إنَّما هُوَ فِي الرَّهنِ القَائِمِ المَوْجُودِ، لَا فِيما هَلكَ مِنَ الرُّهونِ، وَأنَّهُ لَيأخُذهُ المُرْتَهنُ إذا حَلَّ الأجَلُ بمالهُ عَلَيهِ مِنَ الشَّرْطِ الَّذي أبْطَلَتْهُ السُّنَّةُ، وَجَعَلَتْ صَاحِبَهُ أولى بِهِ إذا أرَادَ افْتِكاكَهُ، فَأدَّى دَيْنَهُ.

وَذكرَ عَبْدُ الرزَّاقُ، عَنْ مَعمرٍ، قالَ: قُلْتُ للزُّهريِّ: أرَأيْتَ قَولَهُ: «لَا يَغْلَقُ الرَّهنُ»، أهُوَ الرَّجُلُ يَقُولُ: إنْ لَمْ آتِكَ بِمَالِكَ، فَهَذَا الرَّهْنُ لَكَ؟ قَالَ: نَعَمْ.

قَالَ مَعمرٌ: ثُمَّ بَلَغَني أنَّهُ إنْ هَلكَ لَمْ يَذْهبْ حَقُّ هذا، إنَّما هَلكَ مِنْ رَبِّ المَالِ لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيهِ غُرْمُهُ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلماءُ ـ قَديماً وَحَديثاً ـ مِنَ الصَّحابَة، [والتَّابِعِينَ]، وَمَنْ بَعْدَهُم فِي الرَّهنِ يَهْلَكُ عِنْدَ المُرْتَهِنِ، وَيَتْلَفُ مِنْ غَيرِ جِنايَةٍ [مِنْهُ]، وَلاَ تَضْيِيعٍ:

قَالَ مَالِكُ بْنُ أنَسٍ، والأوْزاعيُّ، وَعُثمانُ البتيُّ: إذا كانَ الرَّهنُ مِمَّا يخْفى هَلاكُهُ نَحو الذَّهَبِ، وَالفِضَّةِ، والثِّيَابِ، وَالحليِّ، وَالسَّيْفِ، وَاللّجام، وَسَائِرِ مَا يغابُ عَلَيهِ مِنَ المَتاعِ، وَيَخْفى هَلَاكُهُ، فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلى المُرْتَهنِ إنْ هَلكَ، وَخَفِيَ هَلاكُهُ، وَيَتَرادَّانِ الفَضْلَ فِيما بَيْنَهُما.

[وَإنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهنِ أكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ ذَهبَ الدَّيْنُ كُلُّهُ، وَيرْجعُ الرَّاهِنُ عَلى المُرْتَهنِ بِفَضْلِ قِيمَةِ الرَّهْنِ].

وَإنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهنِ مِثْلَ الدَّيْنِ ذَهَبَ بِما فِيهِ.

وَإنْ كَانَتْ أقَلَّ أتَمَّ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهنِ دَيْنَهُ.

وَإنِ اخْتَلَفا، فَسَيَأْتِي القَولُ فِيهِ فِي بَابٍ بَعْدَ هذا، حَيْثُ ذَكَرَهُ مَالِكٌ ـ رَحمهُ اللّهُ.

وَكانَ مَالِكٌ، وابْنُ القَاسِمِ يَذْهَبانِ فِيما يُغَابُ عَلَيهِ مِنَ الرَّهنِ أنَّهُ إنْ قَامَتِ البَيِّنَةُ على هَلاكِهِ، فَلَيسَ بِمَضْمُونٍ، إلّا أنْ يَتعدَّى فِيهِ المرْتَهنُ، أو يُضَيِّعَهُ، فَيضْمنُ.

وَقالَ أشْهَبُ: كُلُّ مَا يُغَابُ عَلَيهِ مَضْمونٌ عَلى المُرْتَهنِ خَفِيَ هَلاكُهُ، أو ظَهَرَ.

وَهُوَ قولُ الأوْزاعِيِّ، والبتيِّ.

وَاتَّفَقَ مَالِكٌ، وَأصْحابُهُ، والأوْزاعيُّ، وَعُثمانُ البتيُّ فِي الرَّهنِ إذا كَانَ مِمَّا يظْهرُ

هَلاكُهُ نَحو الدُّورِ، وَالأرضِينَ، وَالحَيوانِ، وَمَا كانَ مِثْلَ ذَلِكَ كُلِّهِ فَهَلكَ أَنَّهُ مِنْ مَالِ الرَّاهِنِ وَمصيبتِهِ مِنْهُ، وَالمُرْتَهِنُ فِيهِ أَمِينٌ.

وَرَوى هَذا القَولَ الأَوْزاعيُّ، عَنْ يَحيى بْنِ أَبي كثيرٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبي طالبٍ ـ رضي الله عنه.

وقالَ ابْنُ أبي لَيلى، وَعُبيدُ اللَّهِ بْنُ الحَسنِ، وَإِسْحاقُ، وَأَبو عُبيدٍ فِي هَلاكِ الرَّهنِ عِنْدَ المُرْتَهِنِ: إِنَّهُما يَترادَّانِ الفَضْلَ بَيْنَهُما على مِثْلِ قَولِ مَالِكٍ، والأَوْزَاعِيِّ، وَالبتيِّ، إِلَّا أَنَّهُ لَا فَرْقَ عِنْدَهُم بَيْنَ ما يَظْهَرُ هَلاكُهُ، وَبَيْنَ ما لَا يَظْهَرُ، وَبَيْنَ مَا يُغَابُ عليهِ، وَبَيْنَ مَا لَا يُغابُ عَلَيهِ.

وَالرَّهْنُ عِنْدَهُم مَضْمُونٌ على كُلِّ حالٍ، حَيَوَاناً كَانَ أو غيره.

وَرُوِيَ هَذا القَولُ وَمعْناهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أبي طالبٍ مِنْ حَدِيثِ قَتادَةَ، عَنْ خلاسٍ، عَنْ عليٍّ ـ رضي الله عنه.

وَرُوِيَ أيضاً عَنِ ابْنِ عُمَرَ مِنْ حَدِيثِ إِدْرِيسَ الأَوديِّ، عَنْ إِبْراهِيمَ بْنِ عُميرةَ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، إِلَّا أَنَّ إِبْراهِيمَ بْنَ عُميرةَ مَجْهُولٌ، لَا يُعْرفُ.

وَقالَ سُفْيانُ الثَّوريُّ، وَأَبو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ، وَالحَسَنُ بْنُ حيٍّ: إِنْ كَانَ الرَّهنُ مِثْلَ الدَّيْنِ، أو أَكْثَرَ، فَهُوَ بِما فِيهِ، وَإِنْ كانَ أَقلَّ مِنَ الدَّيْنِ ذَهَبَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدرِهِ، وَرَجعَ المرْتَهِنُ على الرَّاهِنِ بِما نقصَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهنِ عَنِ الدَّيْنِ.

وَالرَّهنُ عِنْدَهُم مَضْمُونٌ بِقِيمَةِ الدَّينِ، فَما دُونَ، وَمَا زادَ على الدَّيْنِ، فَهُوَ أَمَانَةٌ.

وَرُوِيَ مِثْلُ هَذا القَولِ عَنْ عَلِيٍّ مِثْلُهُ مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ الأَعْلى، عَنْ مُحمدِ ابْنِ الحنفيَّةِ، عَنْ عَلِيٍّ، وَهُوَ أَحْسَنُ الأَسَانِيدِ فِي هَذا الباب عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي اللَّهُ عَنْهُ.

وقالَ شُريحٌ القَاضِي: وعَامِرُ الشَّعبيُّ، وَشريك، وَغَير وَاحِدٍ مِنَ الكُوفِيِّينَ [يَذهَبُ] الرَّهْنُ بما فِيهِ مِنَ الدَّينِ إذا هلَكَ سَواءٌ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ، أو أَقلَّ، أو أَكْثَرَ، وَلَا يَرْجِعُ وَاحِدٌ مِنْهُما عَلى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ.

وَهُوَ قَولُ الفُقهاءِ السَّبعَةِ المَدَنِيِّينَ، إِلَّا أَنَّهم إِنَّما يَجْعَلُونَهُ بِما فِيهِ إِذا هَلكَ وَعُمِّيَتْ قِيمَتُهُ، ولَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ على مَا فِيهِ، فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ على مَا فِيهِ تَرَادَّا الفَضْلَ.

وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَمَالِكُ بْنُ أَنَسٍ: إذا عُمِيَتْ قِيمَةُ الرَّهنِ، وَأَقَرَّ الرَّاهِنُ وَالمُرْتَهِنُ جَمِيعاً أَنَّهُما لَا يعْرِفانِ قِيمَتَهُ، فَهُوَ بِما فِيهِ.

قَالَ اللَّيْثُ: وَبَلَغَنِي ذَلِكَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أبي طَالِبٍ ـ رضي اللَّهُ عَنْهُ.

وَالحَيوانُ عِنْدَ اللَّيْثِ لَا يَضْمنُ إِلَّا أَنْ يتهمَ المرْتَهِنُ فِي دَعْوى المَوْتِ، وَالإِبَاقِ.

قالَ اللَّيثُ: بالمَوتِ يَكونُ ظَاهِراً مَعْلُوماً لا يخْفى.

وَإنْ أعْلَمَ المرْتهنُ الرَّاهِنَ بِمَوْتِهِ، أو إباقِهِ، أو أعلمَ السُّلطانَ ـ إنْ كانَ صَاحِبُهُ غَائِباً ـ حَلفَ، وَبَرِىءَ.

وَقالَتْ طَائِفَةٌ مِنْ أهْلِ الحِجازِ، مِنْهُم سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ، وَابْنُ شِهابِ الزُّهريُّ، وَعَمْرُو بْنُ دِينارٍ، وَمُسْلمُ بْنُ خالدِ الزنجيُّ، وَالشَّافعيُّ، وَأَصْحابُهُ: الرَّهنُ كُلُّهُ أمَانَةٌ قَلِيلُهُ، وكَثِيرُهُ، مَا يُغَابُ عَلَيهِ مِنْهُ، وَمَا لَا يُغَابُ عَليهِ، وَلَا يضْمنُ إلَّا بِما يُضْمنُ بِهِ الوَدَائِعُ مِنَ التَّعَدِّي، وَالتَّضْييع كَسَائِرِ الأمَاناتِ، وَلَا يضيرُ المُرْتهنَ هَلاكُ الرَّهنِ ودَيْنُهُ ثَابِتٌ عَلى حَالِهِ، وَسَواءٌ عِنْدَهُم الحَيوانُ فِي ذَلِكَ، وَالدُّورُ، والرِّباعُ، وَالثِّيابُ، وَالحُليُّ، وَغَيرُ ذَلِكَ.

وَبِهِ قَالَ أحْمدُ بْنُ حَنبلٍ، وَأبُو ثَورٍ، وَدَاودُ بْنُ عَلِيٍّ، وَجُمهورُ أهْلِ الحَدِيثِ.

وَحُجَّتُهم فِي ذَلِكَ حَدِيثُ سَعيدِ بْنِ المُسَيّب، عَنْ أبي هُرَيْرَةَ، عَنِ النبيِّ ﷺ.

وَمِنْهُم مَنْ يُرْسِلُهُ عَنْ سَعِيدٍ، وَمِنْهُم مَنْ يَجْعَلهُ مِنْ قَولِهِ: «الرَّهنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيهِ غُرْمُهُ».

وَقَدْ أوضَحْنا ذَلِكَ كُلَّهُ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَقالَ هَؤُلاءِ: يَعْنِي قَولَهُ ﷺ: له غُنْمُهُ؛ أي لَهُ غلَّتهُ وَخَراجُهُ، وَفَائِدَتُهُ، كَما لَهُ رَقبَتُهُ.

وَمَعْنى عَليهِ غُرْمُهُ أي فَكاكُهُ، ومصِيبتُهُ.

قالُوا: وَالمُرْتَهنُ لَيسَ بِمُعتد حِينَئِذٍ فَيَضْمَنُ، وَإنَّما يضْمنُ مَنْ تَعدَّى.

وَقالَ المزنيُّ: قَدْ قالَ مَالِكٌ، وَمَنْ تَابَعَهُ إنَّ الحَيوانَ مَا ظهرَ هَلاكُهُ أمانَةٌ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَنْ قَالَ بِقَولِهِ: مَا زادَ عَلى قِيمَةِ الرَّهنِ، فَهُوَ أمانَةٌ، فَالوَاجِبُ بِحَقِّ النَّظرِ أنْ يَكُونَ كُلُّهُ أمانَةً.

وَمَعنى قَولِهِ: لَهُ غُنْمُهُ، وَعَليهِ غُرْمُهُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأصْحابِهِ، أي لَهُ غلَّتُهُ وَخراجُهُ وَأُجْرَةُ عَمَلِهِ كَما قَالَ مَنْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

قَالُوا: وَمَعنى قَولِهِ: وَعَلَيهِ غُرْمُهُ؛ أي نَفَقَتُهُ، لَيسَ الفكاكُ، وَالمصِيبةُ.

قَالُوا: لأنَّ الغُنمَ إذا كَانَ الخراجَ وَالغلَّةَ كَانَ الغُرمُ مَا قابلَ ذَلِكَ مِنَ النَّفَقةِ.

قالُوا: وَالأصْلُ أنَّ المرْتَهنَ إذا لَم يَتعَمَّدْ لَم يضْمنْ مَا ظهر هَلاكُهُ وَيضْمنُ مَا غابَ هَلاكُهُ مِنْ حَيثُ ضَمنَهُ المُسْتَعِيرُ سَواءٌ؛ لأنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما أخْذَ الشَّيْءِ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ، وَالمرتهنُ أخذهُ وَتبعهُ بِحقِّهِ، وَالمُسْتعيرُ أخذَ العَاريةَ لِلْمنفعَةِ بِهَا دُونَ صَاحِبها مَا دَامَتْ عِنْدَهُ.

وَلَيْسَ كَذَلِكَ الأَمَانَةُ؛ لأَنَّ الأَمِينَ يَأْخُذُها لِمَنْفعةِ رَبِّها، وَذَلِكَ حفْظُها عَلَيهِ، وَحراسَتُها لَهُ.

قَالُوا: وفِي مَعْنَى قَولِهِ: لَهُ غُنْمِهِ، وعَلَيهِ غُرْمُهُ قولُهُ ﷺ: «الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحلُوبٌ»[١]، أَي أَجْرُ ظَهرِهِ لِرَبِهِ، وَنَفَقَتُهُ عَليهِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِلمُرْتَهنِ؟ لأَنَّهُ رِبا مِنْ أَجْلِ الدَّيْنِ الَّذِي لَهُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الرَّاهِنُ يَلي الرُّكوبَ والحِلَابَ؛ لأَنَّهُ كَانَ يَصِيرُ ـ حِينَئِذٍ ـ الرَّهْنُ عِنْدَهُ غَيْر مَقْبُوضٍ، والرَّهْنُ لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَقْبُوضًا، وَلَو رَكِبَهُ لخَرجَ من الرَّهْنِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ، فَتَأْوِيلُ قَولِهِ ـ عليه السلام ـ عِنْدَهُم: «لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» أَي لَا يَكُونُ غُنْمُهُ لِلْمُرْتَهنِ، وَلكنْ يَكُونُ للرَّاهِنِ وَغُنْمُهُ عِنْدَهُمْ مَا فضلَ مِنَ الدَّيْنِ، وغَرْمُهُ مَا نَقصَ مِنَ الدَّينِ.

وَهَذَا كُلُّهُ أَيضًا عِنْدَهُمْ فِي سَلامَةِ الرَّهْنِ، لَا فِي عَطبِهِ.

وَالرَّهْنُ عِنْدَهُم مَضْمُونٌ بِالدَّينِ، لَا بِنَفْسِهِ، وَلَا قِيمَتِهِ.

وَمِنْ حُجَّتِهِم أَنَّ المرْتَهنَ لَمَّا كَانَ أَحَقَّ بَالرَّهْنِ مِنْ سَائِرِ الغُرماءِ فِي الفَلسِ علمَ أَنَّهُ لَيسَ كَالوَدِيعَةِ، فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ؛ وَلأَنَّهُ لَو كَانَ أَمَانَةً لَمْ يَكُنْ المُرْتهنُ أَحَقَّ بِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَعْنى قَولِهِ ﷺ: «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ» قَولٌ عَامٌّ، لَم يخصَّ فِيهِ مَا يظْهرُ هَلاكُهُ مِمَّا لَا يظْهرُ، وَمَا يعابُ عَلَيهِ مِمَّا لَا يُعَابُ عَليهِ، وَمَنْ فَرَّقَ بَيْنَ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، فَقَدْ قَالَ بِما لَا يُعضدُهُ نَصٌّ، وَلَا قِيَاسٌ.

[وَلَو عكسَ هذا القَول على قَائِلِهِ]، فَقِيلَ: مَا ظَهر هَلاكُهُ لَا يَكُونُ أَمانةً؛ لأَنَّهما قَدْ رَضِيَا أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ، أَو مَضْمُونًا بِقِيمَتِهِ وَأَمَّا مَا يَخْفَى هَلاكُهُ، فَقَدْ رَضي صَاحِبُهُ بِدَفْعِهِ إلى المُرْتهنِ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّ هَلاكَهُ يَخْفَى، فَقَد رَضِيَ فِيهِ أمانَتَهُ، فَهُوَ لأَمَانَتِهِ، فَإِنْ هَلكَ لَمْ يَهْلَكْ مِنْ مَالِ المُرْتَهِنِ، وَذَلِكَ لَا يَصحُّ؛ لأَنَّهُ لَا دَلِيلَ لِقَائِلِهِ مِنْ نَصِّ كِتابٍ، وَلَا سُنَّةٍ، [وَلَا قِياسٍ].

قَالَ: وَلَا خِلَافَ عَلِمْتُهُ بَيْنَ العُلَماءِ أَنَّ مَا ظَهَرَ هَلَاكُهُ مِنَ الأَمَانَةِ، وَمَا خَفِيَ سَواءٌ أَنَّهُ مَضْمُونٌ، وَمَا ظَهَرَ، أَو خَفِيَ هَلاكُهُ مِنَ المَضْمُونِ سَواءٌ فِي أَنَّهُ مَضْمُونٌ.

---

(١) أخرجه البخاري في الرهن باب ٤، وأبو داود في البيوع باب ٧٦، والأطعمة باب ٢٤، والترمذي في البيوع باب ٣١، وابن ماجه في الرهون باب ٢، وأحمد في المسند ٢/ ٤٧٢.

ولفظ الحديث عند البخاري: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة.

قالَ: وَكَذَلِكَ قَولُ أَهْلِ الكُوفَةِ، لَا يَسْتَقِيمُ فِي قِيَاسٍ، وَلَا نَظَرٍ، وَلَا فِيهِ أَثَرٌ يَلْزَمُ أَنَّهُمْ جَعَلُوا الرَّهْنَ مَرَّةً مَضْمُونًا بِمَا فِيهِ الدَّيْنُ، وَمَرَّةً مَضْمُونًا بِالقِيمَةِ بِما فِيهِ، وَالمَضْمُوناتُ إِنَّما تضْمَنُ بِالقِيمَةِ إِذَا فَاتَتْ كَأَنَّمَا فِيها مِنَ الحَقِّ، فَإِنْ ذَكَرُوا رِوايَةً عَنْ عَلِيٍّ، [فَالخِلافُ عَنْ عَلِيٍّ] مَوْجُودٌ، وَالسُّنَّةُ تَدُلُّ عَلى أَنَّهُ أَمَانَةٌ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

اخْتَصَرْتُ كَلامَهُ هَذا، وَلِكُلِّ هذِهِ الطَّوائِفِ حُجَجٌ يَطُولُ ذِكْرُها، قَدْ تَقَصَّاهَا أَصْحَابُهم، كَلٌّ لِمَذْهَبِهِ، وبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ، لَا شَرِيكَ لَهُ.

١١ ـ باب القضاء في رهن الثمر والحيوان

١٣٩٩ ـ قَالَ مَالِكٌ: فِيمَنْ رَهَنَ حَائِطًا لَهُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، فَيكُونُ ثَمَرُ ذَلِكَ الْحائِطِ قَبْلَ ذَلِكَ الأَجَلِ: إِنَّ الثَّمَرَ لَيسَ بِرَهْنٍ مَعَ الأَصْلِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ اشْتَرَطَ ذَلِكَ، الْمُرْتَهِنُ فِي رَهْنِهِ، وَإِنَّ الرَّجُلَ إِذَا ارْتَهَنَ جَارِيَةً وَهِيَ حَامِلٌ، أَو حَمَلَتْ بَعْدَ ارْتِهَانِهِ إِيَّاهَا: إِنَّ وَلَدَهَا مَعَهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَفُرِقَ بَيْنَ الثَّمَرِ وَبَيْنَ وَلَدِ الْجَارِيَةِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُهَا لِلبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ».

قَالَ: وَالأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا: أَنَّ مَنْ بَاعَ وَلِيدَةً، أَوْ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوانِ، وَفِي بَطْنِهَا جَنِينٌ، أَنَّ ذَلِكَ الجَنِينَ لِلْمُشْتَرِي، اشْتَرَطَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ. فَلَيْسَتِ النَّخْلُ مِثْلَ الْحَيَوَانِ. وَلَيْسَ الثَّمَرُ مِثْلَ الْجَنِينِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ.

[قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا: أَنَّ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ ثَمَرَ النَّخْلِ، وَلَا يَرْهَنُ النَّخْلَ، وَلَيْسَ يَرْهَنُ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ جَنِينًا فِي بَطْنِ أُمِّهِ] مِنَ الرَّقِيقِ. وَلَا مِنَ الدَّوَابِّ.

قال أبو عمر: لَمْ يَخْتَلِفْ قَولُ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ أَنَّ مَا تَلِدُهُ المَرْهُونَةُ فَهُوَ رَهْنٌ مَعَها، وَأَنَّ الثَّمرةَ الحَادِثَةَ لَيْسَتْ بِرَهْنٍ [مَعَها، وَإِنَّ الثَّمرةَ] مَعَ الأَصْلِ، لاَ مَعَ الاشْتِرَاطِ.

وَقَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ: إِذَا كَانَ الدَّيْنُ حالاً دَخَلَتِ الثَّمرةُ فِي الرَّهْنِ، وَإِذَا كَانَ إِلى أَجَلٍ، فَالثَّمرةُ إِلى صَاحِبِ الأَصْلِ.

وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ لَا تَدْخلُ فِيهِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً يومَ الرَّهْنِ فِي الشَّجَرِ.

١٣٩٩ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ١١ (القضاء في رهن الثمر والحيوان). من كتاب الأقضية.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَدْخُلُ الوَلَدُ الحَادِثُ، وَلَا الثَّمرةُ الحَادِثَةُ فِي الرَّهنِ؛ كَما لَا يَدْخلُ مَالُ العَبْدِ عِنْدَ الجَمِيعِ إِذَا رَهنَ العَبْدَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ: إِذَا وَلَدَتِ المَرْهُونَةُ بَعْدَ الرَّهنِ دَخَلَ وَلَدَها فِي الرَّهْنِ، وَكَذَلِكَ اللَّبَنُ، وَالصُّوفُ، وَثَمرُ النَّخلِ، وَالشَّجر.

وَهُوَ قَولُ الثَّوريِّ، وَالحَسَنِ بْنِ حَيّ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو جَعْفَرِ الطبريُّ، قَالَ: وَكَذَلِكَ الغَلَّةُ وَالخَرَاجُ، كُلُّ ذَلِكَ دَاخِلٌ فِي الرَّهْنِ بِغَيرِ شَرْطٍ.

قال أبو عمر: قَدْ أوضَحَ مَالِكٌ وَجْهَ الصَّوابِ فِيما ذَهبَ إِلَيهِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَحُجَّتُهُ أَنَّ [الثَّمرَةَ] لَمَّا لَمْ تَدْخُلُ فِي بَيْعِ الأَصْلِ إِلَّا بِالشَّرْطِ دَلَّ على أَنَّها شَيْءٌ آخَرُ غَيرُ الأَصْلِ، وَلَا تَدخلُ فِي الرَّهنِ إِلَّا بِالشَّرْطِ بَعْدَ ظُهُورِهَا، وَالأَمَةُ لَا يَصحُّ رَهْنُ جَنِينِها فِي بَطْنِها، فَإِذَا وَلَدَتْ، فَهُوَ مُبَايِنٌ لَهَا، لَمْ يقعْ عِليهِ الرهنُ، فَهُوَ لِلرَّاهِنِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ، فقاسَهُ على المُكَاتَبَةِ الَّتِي وَلَدُها مِثْلُها إِذَا وَلَدَتْهُ بَعْدَ الكِتَابَةِ، وَلَا فَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ الثَّمرةِ وَالوَلَدِ؟ لأَنَّ ذَلِكَ كُلُّهُ نمى مِنَ الأَصْلِ.

وَالاحْتِجاجُ بِمَذَاهِبِهِم فِيهِ تَشْعِيبٌ، وَالأَصْلُ مَا ذَكَرْتُهُ لَكَ.

١٢ ـ باب القضاء في الرهن من الحيوان

١٤٠٠ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ الَّذِي لاَ اخْتِلاَفَ فِيهِ عِنْدَنَا فِي الرَّهْنِ: أَنَّ مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ يَعْرَفُ هَلاكُهُ مِنْ أَرْضٍ أَو دَارٍ أَوْ حَيَوَانٍ، فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَعُلِمَ هَلاكُهُ، فَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ، وَإِنَّ ذَلِكَ لاَ يَنْقُصُ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ شَيْئًا، وَمَا كَانَ مِنْ رَهْنٍ يَهْلَكُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، فَلاَ يَعْلَمُ هَلاكُهُ، إِلاَّ بِقَوْلِهِ، فَهُوَ مِنَ الْمُرْتَهِنِ، وَهُوَ لِقِيمَتِهِ ضَامِنٌ. يُقَالُ لَهُ: صِفْهُ، فَإِذَا وَصَفَهُ، أُحْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ. وَتَسْمِيَةِ مَالِهِ فِيهِ، ثُمَّ يُقَوِّمُهُ أَهْلُ الْبَصَرِ بِذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَمَّا سَمَّى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أَخَذَهُ الرَّاهِنُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِمَّا سَمَّى، أُحْلِفَ الرَّاهِنُ عَلَى مَا سَمَّى الْمُرْتَهِنُ، وَبَطَلَ عَنْهُ الْفَضْلُ الَّذِي سَمَّى الْمُرْتَهِنُ، فَوْقَ قِيمَةِ الرَّهْنِ. وَإِنْ أَبَى الرَّاهِنُ أَنْ يَحْلِفَ، أُعْطِيَ الْمُرْتَهِنُ مَا فَضَلَ بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ، فَإِنْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ: لاَ عِلْمَ لِي بِقِيمَةِ الرَّهْنِ، حُلِّفَ الرَّاهِنُ

١٤٠٠ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ١٢ (القضاء في الرهن من الحيوان) من كتاب الأقضية.

عَلَى صِفَةِ الرَّهْنِ. وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ، إِذَا جَاءَ بِالأَمْرِ الَّذِي لاَ يُسْتَنْكَرُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ إِذَا قَبَضَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ، وَلَمْ يَضعْهُ عَلَى يَدَيْ غَيْرِهِ.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ القَولُ فِيما يُغَابُ عَلَيهِ مِنَ الرُّهُونِ، وَمَا لاَ يُغَابُ عَلَيهِ مِنْهَا فِي البَابِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا: بَابُ غلقِ الرَّهْنِ، فَلاَ مَعْنَى لإِعادَتِهِ هَا هُنَا.

وَأَمَّا اخْتِلاَفُ الرَّهنِ وَالرَّاهِنِ وَالمُرْتَهِنِ فِيمَا عَلى الرَّاهِنِ مِنَ الدَّيْنِ؛ فَقَولُ مَالِكٍ مَا ذَكَرَهُ فِي «المُوَطَّإِ» مِمَّا قَدْ ذَكَرْنَاهُ عَنْهُ فِي هَذَا البَابِ.

وَلَمْ يَخْتَلِفْ أَصْحَابُهُ عَنْهُ أَنَّ القَولَ قَولُ المُرْتَهِنِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ قِيمَةِ الرَّهْنِ.

وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا رَاعى قِيمَةَ الرهنِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ غَيرَ مَالِكٍ، وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ، إِلَّا أَنَّهُمْ لَا يكُونُ القَولُ عِنْدَهُمْ قَولَ المُرْتَهِنِ إلا إِلى قِيمَةِ الرَّهْنِ؟ لأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ بِالدَّيْنِ، فَأَشْبَهَ إِليهِ، وصَارَ القَولُ قَولَ مَنِ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ إِلى مِقْدَارِ قِيمَتِهِ، وَلَا يصدق على أَكْثر مِنْ ذَلِكَ، وَالقَولُ قَولُ الرَّاهِنِ فِيمَا زَادَ عَلى ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ قَائِمًا، وَاخْتَلَفَا فِي الدَّيْنِ، فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ قَدْرَ حَقِّ المُرْتَهِنِ أَخَذَهُ بِحَقِّهِ، وَكَانَ أَولى بِهِ مِنَ الرَّاهِنِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الرَّهْنِ أَنْ يُعْطِيَهُ حَقَّهُ الَّذِي حلف عَلَيهِ، وَيَأْخُذَ رَهْنَهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهما، وَالثَّورِيُّ، والحَسَنُ بْنُ حيّ: إِذَا هَلَكَ الرَّهْنُ وَاخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَالمُرْتَهنُ فِي مِقْدَارِ الدَّيْنِ فَالقَولُ قَولُ الرَّاهِنِ فِي الدَّيْنِ مَعَ يَمِينِهِ، ولا قَولَ لِلْمُرْتَهِنِ هَا هُنَا إِلى قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَلَا ما دُونَ، وَلَا مَا فَوْقَ؛ لأَنَّهُ مُدَّعٍ عِنْدَهُم.

قال أبو عمر: المُرْتَهِنُ مُدَّعٍ، فَإِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ حَلفَ الرَّاهِنُ على ظَاهِرِ السُّنَّةِ المُجْتَمع عَليها، وَلاَ يَلْزَمُ الرَّاهِنَ مِنَ الدَّيْنِ إِلاَّ مَا أَقَرَّ بِهِ، أَو قَامَتْ عَلَيهِ بَيِّنَةٌ، فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ الهَالِكِ، أَو صِفَتِهِ، فَالقَولُ قَولُ المُرْتَهِنِ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ؛ لأَنَّهُ الضَّامِنُ لِقِيمَتِهِ، وَهُوَ مُدَّعى عَلَيهِ، وَالرَّاهِنُ مُدَّعٍ بِأَكْثَرَ مِمَّا يقرُّ بِهِ المُرْتَهِنُ، والشَّافعيُّ وَالكُوفِيُّون عَلى أُصُولِهِم المُتَقَدِّمَةِ، وَهَذَا بَابٌ مُطَّردٌ لَو وقفَ على المُدَّعِي مِنَ المُدَّعى عَلَيهِ فِيهِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

١٣ ـ باب القضاء في الرهن يكون بين الرجلين

١٤٠١ ـ قَالَ مَالِكٌ: فِي الرَّجُلَيْنِ يَكُونُ لَهُمَا رَهْنٌ بَيْنَهُما، فَيَقُومُ أَحَدُهُما بِبَيع

١٤٠١ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ١٣ (القضاء في الرهن يكون بين الرجلين) من كتاب الأقضية.

رَهْنِهِ، وَقَدْ كَانَ الآخَرُ أَنْظَرَهُ بِحقِّهِ سَنَةً، قَالَ: إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُقْسَمَ الرَّهْنُ، وَلاَ يَنْقصَ حَقُّ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحقِّهِ، بِيعَ لَهُ نِصْفُ الرَّهْنِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُما، فَأُوفِي حَقَّهُ، وَإِنْ خِيفَ أَنْ يَنْقُصَ حَقُّهُ، بِيعَ الرَّهْنُ كُلُّهُ، فَأُعْطِيَ الَّذِي قَامَ بِبَيْعِ رَهْنِهِ، حَقَّهُ مِنْ ذَلِكَ. فَإِنْ طَابَتْ نَفْسُ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحقِّهِ، أَن يَدْفَعَ نِصْفَ الثَّمَنِ إِلَى الرَّاهِنِ، وَإِلاَّ حُلِّفَ الْمُرْتَهِنُ، أَنَّهُ مَا أَنْظَرَهُ إِلاَّ لِيُوقِفَ لِي رَهْنِي عَلَى هَيْئَتِهِ، ثُمَّ أُعْطِيَ حَقَّهُ عَاجِلاً.

قَالَ: وَسَمِعتُ مَالِكًا يَقُولِ، فِي الْعَبْدِ يَرْهَنُهُ سَيِّدُهُ، وَلِلْعَبْدِ مَالٌ: إِنَّ مَالَ الْعَبْدَ لَيْسَ بِرَهْنٍ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُرْتَهِنُ.

قال أبو عمر: قَدْ مَضَى الكَلاَمُ فِي بَابِ القَضَاءِ فِي رَهْنِ الثَّمَرِ وَالحَيَوانِ مَا يُغْنِي عَنِ الكَلامِ فِي مَالِ الْعَبْدِ.

وَلاَ خِلاَفَ عَنْ مَالِكٍ فِيهِ، إِلَّا أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِيمَا يَسْتَفِيدُهُ العَبْدُ المَرْهُونُ، هَلْ يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ، أَمْ لَا؟

وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ أَيضًا أَصْحابُ مَالِكٍ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَاتَّفَقَ ابْنُ القَاسِمِ، وَأَشْهَبُ أَنَّهُ لا يَكُونُ مَا يُوهبُ العَبْدُ، وَلَا خَرَاجُهُ رَهْنًا. وَخَالَفَهُما يَحْيَى بْنُ عُمَرَ، فَقَالَ: ذَلِكَ كُلُّهُ رَهْنٌ مَعَهُ.

قال أبو عمر: الصَّوَابُ أَنْ لاَ يَكُونَ الخَرَاجُ، وَلاَ غَيرُهُ مِمَّا يَسْتَفِيدُهُ رَهْنًا؛ لأَنَّهُ مِلْكٌ لِلرَّاهِنِ، لَمْ يتعَاقَدْ عَليهِ الرَّهْنُ.

وَقَدِ اتَّفَقَ [العُلماءُ] أَنَّ مالَ العَبْدِ لَا يَدْخلُ فِي البَيْعِ إِلَّا بِالشَّرْطِ وَهِيَ السُّنَّةِ، فَالرَّهْنُ أَحرى بِذَلِكَ، وَأَولى.

وَأَمَّا القَضاءُ فِي ارْتِهَانِ الرَّجُلَيْنِ؛ فَقَالَ مَالِكٌ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

وَقَالَ أَيضًا: إِذَا ارْتَهَنَ رَجُلانِ بِدَيْنٍ لَهُمَا عَلَى رَجُلٍ دَيْنًا وهُما فِيهِ شَرِيكَانِ لَمْ يَصِحُّ قَضاءُ أَحَدِهما دُونَ الآخَرِ، وَلَا يَقْبضُ الرَّهْنُ حَتَّى يَسْتَوفِيَ الْمُرْتَهِنُ مَالَهُ عَلَيهِ مَا فِيهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا فِيهِ شَرِيكَيْنِ، فَإِنَّهُ إِذَا قبضَ أَحَدُهما قبضَ حِصَّتَهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ؛ سَوَاءٌ كَانَا شَرِيكَيْنِ، أَو غَيْرَ شَرِيكَيْنِ، لَا يَأْخُذانِ الرَّهْنَ حَتَّى يستوفِيَا جَمِيعَ الدَّيْنِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَصحُّ الرَّهْنُ مِن رَجُلٍ لِرَجُلَيْنِ، وَمِنْ رَجُلَيْنِ لِرَجُلٍ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما نِصْفُ الرَّهْنِ، فَإِذَا قَضى أَحَدهما نَصِيبَهُ أَخَذَ نَصِيبَهُ مِنَ الرَّهْنِ، فَإِنْ كَانَ الْمُرْتَهِنُ وَاحِدًا، والرَّاهِنانِ اثْنَيْنِ [فَأَجر أَحَدهما، أَو قبضَ مِنْهُ حِصَّتَهُ مِنَ اثْنَيْنِ خَرَجَتْ حِصَّتُهُ مِنَ الرَّهْنِ، وَكَذَلِكَ لو كَانَا رَجُلَيْنِ] فَأجر أَحدُهما، أو قبضَ [حِصته] فَنِصفُهُ خَارِجٌ مِنَ الرَّهْنِ، وَيُقَاسِمُهُ إِنْ كَانَ مِمَّا يُكَالُ أَو يُوزَنُ.

١٤ ـ باب القضاء في جامع الرهون

١٤٠٢ ـ قَالَ مَالِكٌ: فِيمَنِ ارْتَهَنَ مَتاعًا فَهلَكَ الْمَتاعُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ. وَأَقَرَّ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ بِتسمِيَةِ الْحَقِّ. وَاجْتَمَعَا عَلَى التَّسْمِيَةِ. وَتَداعَيَا[1] فِي الرَّهْنِ. فَقَالَ الرَّاهِنُ: قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا. وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ. وَالحَقُّ الَّذِي لِلرَّجُلِ فِيهِ عِشْرُونَ دِينَارًا. قَالَ مَالِكٌ: يُقَالُ لِلَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ: صِفْهُ. فَإذا وَصَفَهُ، أُحْلِفَ عَلَيْهِ. ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا. فَإِنْ كَانَتْ الْقِيمَةُ أَكْثَرَ مِمَّا رُهِنَ بِهِ قِيلَ لِلْمُرْتَهِنِ: ارْدُدْ إِلَى الرَّاهِنِ بَقِيَّةَ حَقِّهِ. وَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَقَلَّ مِمَّا رُهِنَ بِهِ، أَخَذَ الْمُرْتَهِنُ بَقِيةَ حَقِّهِ مِنَ الرَّاهِنِ، وَإِنْ كَانَت الْقِيمَةُ بَقَدْرِ حَقِّهِ، فَالرَّهْنُ بِمَا فِيهِ.

قال أبو عمر: هَذَا كُلُّهُ مِنْ قَوْلِهِ على أَصْلِهِ فِيمَا يُغَابُ عَلَيهِ مِنَ الرُّهُونِ أَنَّهُ عَلى المُرْتَهِنِ مَضْمُونٌ، فَلما كَانَ مَضْمُونًا عَلَيهِ، وَكَانَ لَهُ دَينُهُ الَّذِي اتَّفَقا عَلى تَسْمِيَتِهِ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ [وَهُوَ تَالِفٌ قَدْ ضَاعَ، وَأَصْلُهُ أَنَّ القَوْلَ فِي صِفَةِ الرَّهْنِ قَولُ المُرْتَهِنِ]؛ لأَنَّهُ كَانَ بِيَدِهِ وَثِيقَةٌ بِدَينِهِ، فَصارَ مُدَّعى عَلَيهِ فِيمَا لا يقرُّ بِهِ مِنْ قِيمَتِهِ، فَوَجَبَت اليَمِينُ عَلَيهِ فِي صِفَتِهِ، ثُمَّ ضمنَ تِلْكَ الصِّفَةَ وَتَرادًّا الفَضْلَ فِي ذَلِكَ؛ لأَنَّهُما قَدِ اتَّفَقا عَلى تَسْمِيَةِ الدَّيْنِ، وَلَو اخْتَلَفَا فِي مَبلغِ الدَّيْنِ كَانَ القَوْلُ فِيما زَادَ عَلى الرَّهْنِ قَولَ الرَّاهِنِ؛ لأَنَّهُ مُدَّعى عَلَيهِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، [فَالرَّهْنُ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ] عَلى مَا قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ عَنْهُم وَمَنْ قَالَ كَقَوْلِهِ فَلا يضرُّ المُرْتَهِنَ إلى هَلاكِهِ وَدَينه، فَإِنَّ على الرَّاهِنِ بِمَالِهِ، فَإِنِ اتَّفَقا على مَبلغ الدَّيْنِ، لَزِمَ الرَّاهِنَ الخُروجُ عَنْهُ وَالأَدَاءُ إلى المُرْتَهِنِ، وَإِنَّ اخْتَلَفَا، فَالمُرْتَهِنُ مُدَّعٍ فَإِنْ لَمْ تَقُمْ لَهُ بَيِّنَةٌ، فَالقَولُ قَولُ الرَّاهِنِ مَعَ يَمِينِهِ حِينَئِذٍ؛ لأَنَّهُ مُدَّعى عَلَيهِ، وهَذَا كُلُّهُ [بَيِّنٌ] لا إشْكَالَ فِيهِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ، فالرَّهْنُ عِنْدَهُ بِمَا فِيهِ إذَا هَلكَ، وَكَانَتْ قِيمَتُهُ كَالدَّينِ أَو أَكْثَرَ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ رَجَعَ المُرْتَهِن عَلى الرَّاهِنِ بِتَمَامِ دَيْنِهِ.

وَبِكُلِّ قَولٍ مِنْ هَذِهِ الأَقْوَالِ قَالَ جَمَاعَة مِنَ السَّلَف قَدْ ذَكَرْنَاهُم فِيما مَضى، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيرًا.

قَالَ مَالِكٌ[2]: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِي الرَّهْنِ. يَرْهَنُهُ أَحَدُهُما

١٤٠٢ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم وهو الباب ١٤ (القضاء في جامع الرهون) من كتاب الأقضية.

(١) تداعيا: تحالفا.

(٢) الموطأ، صفحة ٧٣٢.

صَاحِبَهُ. فَيَقُولُ الرَّاهِنُ: أَرْهَنْتُكَهُ بِعَشْرَةِ دَنَانِيرَ. وَيَقُولُ الْمُرْتَهِنُ: ارْتَهَنْتُهُ مِنكَ بِعِشْرِينَ دِينَارًا وَالرَّهْنُ ظَاهِرٌ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ. قَالَ: يُحَلَّفُ الْمُرتَهِنُ حَتَّى يُحِيطَ بِقِيمَةِ الرَّهْنِ.

فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ. لا زِيَادَةَ فِيهِ وَلَا نُقْصَانَ عَمَّا حُلِّفَ أَنَّ لَهُ فِيهِ، أَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ بِحَقِّهِ. وَكَانَ أَوْلَى بِالتَّبْدِئَةِ بِاليَمِينِ. لِقَبْضِهِ الرَّهْنَ وَحِيازَتِهِ إِيَّاهُ. إِلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الرَّهْنِ أَنْ يُعْطِيَهُ حَقَّهُ الَّذِي حُلِّفَ عَلَيهِ، وَيَأْخُذ رَهْنَهُ.

قَالَ: وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ أَقَلَّ مِنَ العِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى. أُحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى. ثُمَّ يُقَالُ لِلرَّاهِنِ إِمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الذي حَلَفَ عَلَيْهِ، وَتَأْخُذَ رَهْنَكَ. وَإِمَّا أَنَّ تَحْلِفَ عَلَى الَّذِي قُلْتَ أَنَّكَ رَهَنْتَهُ بِهِ، وَيَبْطُلُ عَنكَ مَا زَادَ الْمُرْتَهِنُ عَلى قِيمَةِ الرَّهْنِ. فَإِنْ حَلَفَ الرَّاهِنُ بَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفَ لَزِمَهُ غُرْمُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ.

قال أبو عمر: هذا بَيِّنٌ كُلُّهُ على مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَصْلِ قَولِهِ، لاَ خِلافَ عِنْدَ أَصْحَابِهِ، وَمُنْتَحِلِي مَذْهَبِهِ فِيهِ، إِلاَّ فِي قَولِهِ: أُحْلِفَ المُرْتَهِنُ على العِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى، ثُمَّ قِيلَ لِلرَّاهِنِ: إِمَّا أَنْ تَحْلِفَ عَلى مَا قُلْتَ: وَلاَ يَلْزَمُكَ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَةِ رَهْنِكَ، أَو مبلغ أَقْرَرْتَ بِهِ مَنَ الدَّيْنِ وإِمَّا أَنْ يغرمَ مَا حلفَ عَلَيهِ المُرْتَهِن، وهَذَا مَوْضِعٌ اخْتَلَفَ فِيهِ بَعْضُهُمْ.

فَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلى قَولِ مَالِكٍ هَذا.

وَبَعْضُهُمْ قَالَ: قَولُ الرَّاهِنِ مَعَ يَمِينِهِ فِيمَا زَادَ عَلى قِيمَةِ الرَّهْنِ مِمَّا ادَّعَاهُ المُرْتَهِنُ إِنْ لَمْ يُقِمِ المُرْتَهِنُ بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ، وَلَا يَمِينَ عَلَيهِ إِلَّا أَنْ يردَّها عَلَيهِ الرَّاهِنُ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَقَدْ تَقَدَّمَ وَصْفُنَا لِمَذْهَبِهِ فِي أَنَّ الرَّهْنَ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ، وَمَا ادَّعَاهُ المُرْتَهِنُ مِنَ الدَّيْنِ عَلَيهِ فِيهِ البَيِّنَةُ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ حلفَ الرَّاهِنُ عَلى مَا أَقَرَّ بِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيهِ غير ذَلِكَ، وَلَهُ أَيضاً عِنْدَهُ رَدُّ اليَمِينِ إِنْ شَاءَ على مَا قَدَّمْنَا مِنْ أَصْلِهِ فِي ذَلِكَ أَيضاً.

وَأَمَّا الكُوفِيُّونَ، فَحكَى الطَّحَاوِيُّ عَنهُم، قَالَ: القَولُ قَولُ الرَّاهِنِ فِي مَقْدَارِ الدَّيْنِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الرَّهْنُ إِذَا اخْتَلَفَ هُوَ وَالمُرْتَهِنِ فِيهِ مَعَ يَمِينِهِ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَلى ذَلِكَ أَنَّ طَلَبَ المُرْتَهِنِ يَمِينُهُ عَلَيهِ، وَالقَولُ قَولُ المُرْتَهِنِ فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ إِذَا ضَاعَ فِي يَدِهِ، وَاخْتَلَفَ هُوَ وَالرَّاهِنُ فِي قِيمَتِهِ مَعَ يَمِينِهِ بِاللَّهِ عَزَّ وجَلَّ على ذَلِكَ أَنَّ طَلَبَ الرَّاهِنِ يَمِينُهُ عَلَيهِ، فَإِنْ حلفَ بَرِىءَ، وَإِنْ نكلَ عَنِ اليَمِينِ لَزِمَهُ مَا ادَّعَاهُ عَلَيهِ الرَّاهِنُ فِيهِ.

قال أبو عمر: اتَّفَقَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهما، وَالثَّوْرِيُّ أَنَّ القَوْلَ قَولُ الرَّاهِنِ إِذَا خَالَفَهُ المُرْتَهِنُ فِي مبلغ مَا [رهن] بِهِ الرَّهْن، وَلَمْ يُرَاعُوا مبْلَغَ قِيمَةِ الرَّهْنِ؛ لأَنَّ الرَّهْنَ قَدْ يُسَاوِي مَا رهنَ بِهِ، وَقَدْ لاَ يُسَاوِي، وَالمُرْتَهِنُ يدَّعِي فِيهِ مَا لاَ يقرُّ لَهُ بِهِ الرَّاهِنُ، فَالقَولُ قَولُ الرَّاهِنِ؛ لأَنَّهُ مُدعَى عَلَيهِ وَالبَيِّنَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى المُرْتَهِنِ، فَإِنْ لَمْ

تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ حلفَ الرَّاهِنُ، وَأَخذَ رهْنَهُ، وادَّعى مَا أَقَرَّ بِهِ.

وَهَذَا القَولُ قَولُ إِبْرَاهِيمَ النَّخعيِّ، وَعَطَاءِ بْنِ أَبِي رَباحٍ، وَإِيَاسَ بْنِ مُعَاوِيَةَ وَطَائِفَةٍ.

وَحُجَّةُ مَنْ قَالَ بِهَذَا القَولِ إِجْمَاعُهُمْ على أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِشَيْءٍ، وَلَيس عَلَيهِ فِيهِ بَيِّنَةٌ، فَالقَوْلُ قَولُهُ، وَإِجْمَاعُهم أيضاً على أَنَّ المُتَبَايِعَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ السِّلْعَةِ أَنَّهُ لا يَكُونُ القَولُ قَولَ مَنِ ادَّعى مِنَ الثَّمنِ مَا يَكُونُ قِيمَةَ السِّلْعَةِ.

وَالحُجَّةُ لِمَالِكٍ، وَمَنْ قَالَ بِقَولِهِ مَا قَالَهُ إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحَاقَ فِي قَولِهِ عزَّ وجلَّ: ﴿وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، قَالَ: فَجعَلَ الرَّهْنَ بدلاً مِنَ الشَّهادَةِ؛ لأَنَّ المُرْتَهِنَ أَخذَ بِحقِّهِ وَثِيقَةً لَهُ، فَكَأَنَّهُ شَاهِدٌ لَهُ؛ لأَنَّهُ يَبْنِي عَلى مبْلغِ الحَقِّ، فَقَامَ مَقَامَ الشَّاهِدِ إِلَى أَنْ يبلغَ قِيمَتَه، وَمَا جَاوَزَ قِيمَتَهُ، فَلاَ وَثِيقَةَ لَهُ فِيهِ، وَكَانَ القَولُ فِي ذَلِكَ قَولَ الرَّاهِنِ.

وَهَذَا كُلُّهُ قَولُ طَاوسٍ، وَالحَسَنِ، وَقَتَادَةَ، وَيَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، وَأَكْثَرِ أَهْلِ المَدِينَةِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ، وَتَنَاكَرَا الْحَقَّ، فَقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ: كَانَتْ لِي فِيهِ عِشْرُونَ دِيناراً. وَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ: لَمْ يَكُنْ لَكَ فِيهِ إِلَّا عَشَرَةُ دَنَانِيرَ. وَقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ: قِيمَةُ الرَّهْنِ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ. وَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ: قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِيناراً. قِيلَ لِلَّذِي لَهُ الْحَقُّ: صِفْهُ. فَإِذَا وَصَفَهُ، أُحلِفَ عَلَى صِفَتِهِ. ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ المَعْرِفَةِ بِهَا. فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَى فِيهِ المُرْتَهِنُ، أُحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى. ثُمَّ يُعْطَى الرَّاهِنُ مَا فَضَلَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ. وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِمَّا يَدَّعِي فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أُحْلِفَ عَلَى الَّذِي زَعَمَ أَنَّهُ لَهُ فِيهِ. ثُمَّ قَاصَّهُ بِمَا بَلَغَ الرَّهْنُ. ثُمَّ أُحْلِفَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ. عَلَى الْفَضْلِ الَّذِي بَقِيَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ. بَعْدَ مَبْلَغِ ثَمَنِ الرَّهْنِ. وَذٰلِكَ أَنَّ الَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ، صَارَ مُدَّعِياً عَلَى الرَّاهِنِ. فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ عَنْهُ بَقِيَّةُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ، مِمَّا ادَّعَى فَوْقَ قِيمَةِ الرَّهْنِ. وَإِنْ نَكَلَ، لَزِمَهُ مَا بَقِيَ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ. بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ.

قال أبو عمر: هَذَا كُلُّهُ مِنْ قَولِهِ: مُكَرَّراً، وَالمَعْنَى لاَ خَفَاءَ فِيهِ عَلى مَنْ لَهُ أَدْنَى فَهْم، وَلاَ مَدْخَلَ فِيهِ لِلْكَلامِ عَلَيْهِ إِلاَّ مكرراً مُعاداً؛ لأَنَّهُ قَدْ مَضى مَعْنى مَا ذَهَبَ إِلَيهِ مَالِكٌ وَغَيْرُهُ مِنَ العُلماءِ فِي ذَلِكَ وَاضِحاً غيرَ مُشْكِلٍ عَلى كُلِّ مُتَأَمِّلٍ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

---

(١) الموطأ، صفحة ٧٣٢، ٧٣٣.

١٥ ـ باب القضاء في كراء الدابة والتعدي بها

١٤٠٣ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَسْتَكْرِي الدَّابَّة إِلَى الْمَكَانِ الْمُسَمَّى. ثُمَّ يَتَعَدَّى ذَلِكَ الْمَكَانَ وَيَتَقَدَّمُ: إِنَّ رَبَّ الدَّابَّةِ يُخَيَّرُ. فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ كِرَاءَ دَابَّتِهِ إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي تُعُدِّيَ بِهَا إِلَيْهِ، أُعْطِيَ ذَلِكَ، وَيَقْبِضُ دَابَّتَهُ. وَلَهُ الْكِرَاءُ الأَوَّلُ. وَإِنْ أَحَبَّ رَبُّ الدَّابَّةِ، فَلَهُ قِيمَةُ دَابَّتِهِ مِنَ المَكَانِ الَّذِي تَعَدَّى مِنْهُ الْمُسْتَكْرِي، وَلَهُ الْكِرَاءُ الأَوَّلُ. إِنْ كَانَ اسْتَكْرَى الدَّابَّةَ البدأة[1]. فَإِنْ كَانَ استكراها ذَاهِباً وَرَاجِعاً، ثُمَّ تَعدى حين بَلغَ البلدَ الَّذِي اسْتَكرى إِلَيْهِ، فَإِنَّمَا لِرَبِّ الدَّابَّةِ نِصْفُ الْكِرَاءِ الأَوَّلِ. وَذَلِكَ أَنَّ الْكِرَاءَ نِصْفُهُ فِي الْبَدَاءَةِ وَنِصْفُهُ فِي الرَّجْعَةِ. فَتَعَدَّى المتعدي بِالدَّابَّةِ. وَلَمْ يَجِبْ عَلَيهِ إِلاَّ نِصْفُ الْكِرَاءِ الأَوَّلِ. وَلَوْ أَنَّ الدَّابَّةَ هَلَكَتْ حِينَ بَلَغَ بِهَا الْبَلَدَ الَّذِي اسْتَكْرَى إِلَيْهِ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمُسْتَكْرِي ضَمَانٌ. وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُكْرِي إِلاَّ نِصْفُ الْكِرَاءِ.

قَالَ: وَعَلَى ذَلِكَ، أَمْرُ أَهْلِ التَّعَدِّي وَالخِلافِ، لِمَا أَخَذُوا الدَّابَّةَ عَلَيْهِ.

ثُمَّ ذكرَ مَسْأَلَةَ فِي المُقَارِضِ يُخالِفُ، فَيشْتري غيرَ مَا أَمرهُ بِهِ صَاحِبُ المَال لِيَكُونَ لَهُ الرِّبْحُ كُلُّهُ، وَيَضْمنُ رَأْسَ المَالِ.

والمبضعُ مَعهُ يخالفُ رَبَّ البضاعَةِ فِيمَا أَمَرَهُ بِهِ، وَيَتعدَّى لِيضْمنَ البضاعَةَ، وَيَأْخُذَ رِبْحَهَا، فَإِنَّ رَبَّ المَالِ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعاً يُخيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَضْمَنَهُ، وَبَيْنَ أَنْ يُجِيزَ فِعْلَهُ، وَيَكُونَ عَلى شَرْطِهِ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ كُلِّهِ فِي كِتَابِ القِرَاضِ.

وَأَمَّا تَعَدِّي المُكْتَرِي بِالدَّابَّةِ، فَإِنَّ أَكْثَرَ أَهْلِ العِلْم خَالَفُوا مَالِكاً فِي ذَلِكَ، وَلَمْ يَجْعَلُوهُ مِنْ بَابِ العَامِلِ فِي القِرَاضِ، وَلا المُبْضعُ مَعَهُ يُخَالِفَانِ [مَا أَمرَا بِهِ فِي ذَلِكَ.

وَأَمَّا الشَّافِعيُّ، فَقَالَ عَنْهُ المُزنِيُّ: وَلَوِ اكْتَرَى دَابَّةً مِنْ مكَّةَ إلى مرّ فتعدى بها] إلى عسفانَ، فَعَلَيهِ كِرَاؤُهَا إلى مرّ، وَكِرَاءُ مُثْلِها إلى عسفانَ، وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ يَعْنِي ـ إِنْ عطَبَتْ.

وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: مَنِ اكْتَرَى دَابَّةً إلى مَوْضِعٍ، فَجَاوَزَ، فَعَلَيهِ الأُجْرَةُ المَذْكُورَةُ، وَأُجْرَةُ المِثْلِ لما جَاوزَ، وَإِنْ تَلَفَتْ، فَعَلَيهِ أَيضاً قِيمَتُها.

١٤٠٣ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ١٥ (القضاء في كراء الدابة والتعدي بها) من كتاب الأقضية.

(١) البدأة: أي في الذهاب.

ذَكَرَهُ المزنيُّ فِي مُخْتَصرِهِ عَلى مَذْهَبِ أَحْمَدَ. وَهَذَا كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ سَواءً.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ فِيمَا ذكرَ الطَّحاوِيُّ عَنْهُم: مَنِ اكْتَرَى دَابَّةً إِلى مَكانٍ، فَجَاوزَ بِها إلى مكانٍ آخَرَ كَانَ ضَامِناً لَها سَاعَةَ جَاوزَ بِها، وَكَانَ عَليهِ الأُجْرَةُ، وَلَا شَيْءَ عَلَيهِ فِي مُجَاوزَتِهِ [بِهَا بَعْدَ سَلَامَتِهَا، وَإِنْ عَطِبَتْ فِي مُجَاوَزَاتِهِ بِها كَانَ عَلَيهِ ضَمانُ قِيمَتِهَا سَاعَةَ تَجَاوَزَ بِهَا].

قال أبو عمر: مَذْهَبُهم أَنَّهُ إِذَا جَاوَزَ بِها كَانَتْ فِي ضَمَانِهِ إِنْ سَلِمَتْ، أَو عَطِبَتْ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أُجْرَةٌ لِمَا هُوَ ضَامِنٌ لَهُ.

وَهَذَا خِلافُ ظَاهِرِ القُرْآنِ، وَظَاهِرِ السُّنَّةِ.

قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِيءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»(١).

وَالمُتَعَدِّي بِالدَّابَّةِ إِذَا تَجَاوَزَ بِها المَوضعَ الَّذِي اكْتَرَاهَا إِلَيهِ، فَقَدْ وَجَبَ لِصَاحِبِها عَلَيهِ أُجْرَةُ مِثْلِها فِي ذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَرُدَّها إِلَيهِ كَانَ قَدْ أَكَلَ مَالَهُ بَاطِلاً بِغيرِ طِيبِ نَفْسِهِ، وَمَنْ لَمْ يُوجِبْ عَلى المُكْتَرِي كِرَاءَ مَا تَعَدَّى فِيهِ بِها، فَقَدْ أَعْطَاهُ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ، وَلَيْسَ اعْتِلَالُهُ بِرَأْيِهِ أَنَّها صَارَتْ فِي ضَمانِهِ بِشَيْءٍ؛ لأَنَّ اللَّهَ تَعالى لَمْ يَجْعَلِ الدَّابَّةَ إِذَا سَلِمَتْ فِي ضَمان المُتَعَدِّي بِها، وَلَا رَسُولِهِ، وَلا اتَّفَقَ الجَمِيعُ عَلَيهِ، بَلِ الجُمهُورُ يَقُولُونَ: إِذَا اسَلِمَتْ فَلا ضَمانَ عَلى المُكْتَرِي فِيها وَإِنَّما عَلَيهِ كِرَاءُ المَسَافَةِ الَّتِي تَعَدَّى عَلَيها.

وَقَدْ تَنَاقَضَ أَبُو حَنِيفَةَ، فَقَال فِيمَنْ تَعَدَّى فِي بضاعَةٍ أَبْضعَتْ مَعَهُ، فَتَجرَ فِيها: إِنَّهُ لَيْسَ لَهُ الرِّبْحُ، وعَلَيهِ أَنَّ يَتَصَدَّقَ بِهِ، وَكَذَلِكَ الغَاصِبُ.

وَسَنذْكُرُ هَذِهِ المَسْأَلَةَ فِي مَوْضِعِها مِنْ هَذَا الكِتَابِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

١٦ ـ باب القضاء في المستكرهة من النساء

١٤٠٤ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ؛ أَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ قَضَى، فِي امْرَأَةٍ أُصِيبَتْ مُسْتَكْرَهَةً، بِصَداقِهَا عَلَى مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ بِهَا.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَغْتَصِبُ الْمَرْأَةَ بِكْراً كانَتْ أَوْ ثَيِّباً. إِنَّهَا إِنْ كَانَتْ حُرَّةً فَعَلَيْهِ صَدَاقُ مِثْلَهَا. وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنَ

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٥/ ٧٢.

١٤٠٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٤، من كتاب الأقضية، باب ١٦ (القضاء في المستكرهة من النساء).

ثَمَنِهَا. وَالْعُقُوبَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمُغْتَصِبِ. وَلَا عُقُوبَةَ عَلَى الْمُغْتَصَبَةِ فِي ذلك كُلِّهِ وَإِنْ كَانَ الْمُغْتَصِبُ عَبْداً، فَذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ. إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَنْ يُسَلِّمَهُ.

قال أبو عمر: قَوْلُهُ: والعُقُوبَةُ فِي ذَلِكَ عَلى المُغْتَصِبِ، قَدْ رَوَاهُ القعْنبيُّ كَما رَوَاهُ يَحْيَى، وَلَمْ يَرْوِهِ ابْنُ بكيرٍ، وَلاَ ابْنُ القَاسِمِ، وَلاَ مطرفٌ.

وَرَوَوا كُلُّهم، وَلَا عُقوبَةَ فِي ذَلِكَ عَلى المغْتَصبةِ إلا القعنبيّ فَلَمْ يروِهِ.

وَقَدْ أَجْمَعَ العُلماءُ عَلى أَنَّ [على] المستكره المغتصب الحدّ إِنْ شَهدَت البَيِّنَةُ عَلَيهِ بِمَا يُوجِبُ الحَدَّ، أَو أَقَرَّ بِذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَعَلَيهِ العُقُوبَةُ، وَلَا عُقوبَةَ عَلَيها إِذَا صَحَّ أَنَّهُ اسْتَكْرَهَها وَغَلَبها عَلى نَفْسِها، وَذَلِكَ يُعْلَمُ بِصراخِها وَاسْتِغَاثَتِها، وصِيَاحِها، وَإِنْ كَانَتْ بِكْراً فِيمَا يَظْهَرُ مِنْ دَمِها، وَنَحْوِها مِمَّا يفْصِحُ بِهِ أَمْرِها، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، وظَهَرَ بِها حَمْلٌ، وَقَالَتْ: اسْتُكْرِهْتُ، فَقَدِ اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي ذَلِكَ، وَنَذْكُرُهُ عِنْدَ قَولِ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَو كَانَ الحَمْلُ والاعْتِرَافُ فِي كِتَابِ الرَّجْمِ ـ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى.

وَلَا نَعْلَمُ خِلَافاً بَيْنَ العُلماءِ أَنَّ المُسْتَكْرَهَةَ لا حَدَّ عَلَيها إِذَا صَحَّ اسْتِكْرَاهُها بِما ذَكَرْنَا وَشِبْهِهِ.

حَدَّثَنِي سَعِيدُ بْنُ نَصْرٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي قَاسِمُ بْنُ أَصْبغ، قَالَ: حَدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ وَضاحٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو بكرِ بْنُ أَبِي شيبةَ، قَالَ: حَدَّثَنِي معْمرُ بْنُ سُليمانَ الزينيُّ، عَنْ حَجَّاجٍ، عَنْ عَبْدِ الجَبَّارِ بْنِ وَائل، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: اسْتُكْرِهتِ امْرَأَةٌ عَلى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ فَدَرأَ عَنْها الحَدَّ[1].

وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ، وَعُمَرَ، والخُلفاءِ، وَفقهاءِ الحِجَازِ، والعِرَاقِ مِثْلُ ذَلِكَ.

وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي وُجُوبِ الصَّدَاقِ عَلى المُغْتَصِبِ، فَقَالَ مَالِكٌ، وَاللَّيْثُ، وَالشَّافِعِيُّ: عَلَيهِ الصَّدَاقُ وَالحَدُّ جَمِيعاً.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ، وَسُفْيَانُ الثوريُّ؛ عَلَيهِ الحَدُّ، وَلَا مَهرَ عَلَيهِ.

وَهُوَ قَولُ ابْنِ شبْرمةَ، لا يَجْتَمعُ عِنْدَهُم صَدَاقٌ وَحَدٌّ.

قال أبو عمر: هَذَا عَلى مَذَاهِبِهم فِي السَّارِقِ أَنَّهُ إِذَا قطعَ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ غُرمٌ.

وَمَسْأَلَةُ السَّارِقِ مُخْتَلَفٌ فِيها أَيضاً.

---

(١) أخرجه الترمذي في الحدود باب ٢٢، وابن ماجه في الحدود باب ٣٠، وأحمد في المسند ٤/٣١٨.

وَالصَّحِيحُ فِي المَسْأَلَتَيْنِ وُجُوبُ الصَّدَاقِ، وَوُجُوبُ الغُرمِ؛ لأَنَّ حَدَّ اللَّهِ تَعالى لَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ الآدَمِيِّ وَهُمَا حَقَّانِ وَاجِبانِ، أَوْجَبَهُما اللَّهُ تَعالى، وَرَسُولُهُ، فَلَا يَضُرُّ اجْتِمَاعُهُما.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ عَنِ ابْنِ جريجٍ، قَالَ: أَخْبَرَنِي ابْنُ شِهَابٍ فِي بِكْرٍ افْتُضَّتْ بِصَدَاقِ مِثْلِها مِنَ النِّسَاءِ، قَالَ: قَضَى بِذَلِكَ عَبْدُ المَلِكِ بْنُ مَرْوَانَ.

قَالَ: وَأَخْبَرَنا ابْنُ جُريجٍ، قَالَ: قُلْتُ لِعَطَاءٍ: البِكْرُ تُسْتَكْرَهُ؟ قَالَ: لَها مِثْلُ صَدَاقِ نِسَائِهَا.

قَالَ: وَآيَةُ ذَلِكَ أَنْ تَصيحَ أَو أَنْ يُوجَدَ بِها أَثَرٌ.

قَالَ: أَخْبَرَنا معمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، قَالَ: مَنِ اسْتَكْرَهَ امْرَأَةً بِكْراً، فَلَهَا صَدَاقُها، وَعَلَيْهِ الحَدُّ، وَلَا حَدَّ عَلَيها.

قالَ مَعمرٌ: وَقَالَ قتادَةُ: مِثْلُ ذَلِكَ.

قالَ: وَآيَةُ البكرِ تُسْتَكْرَهُ أَنْ تَصِيحَ.

قالَ: وَالثَّيِّبُ فِي ذَلِكَ مِثْلُ البِكْرِ.

وَذَكَرَ أَبُو بِكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ قَالَ: حَدَّثَنِي هشيمٌ، عَنْ أَبِي حرَّةَ، عَنِ الحَسَنِ، قَالَ: اسْتَكْرَهَ عَبْدٌ امْرَأَةً، فَوطِئَها، فَاخْتَصَما إِلى الحَسَنِ، وَهُوَ قَاضٍ يَوْمَئِذٍ، فَضَرَبَهُ الحَدَّ، وَقَضَى بَالعَبْدِ لِلْمَرْأَةِ.

قال أبو عمر: أَسْلَمَهُ سَيِّدُهُ بِجِنَايَتِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ القَولُ بِمَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ، وَطَائِفَةٌ مِنْ عُلماءِ الكُوفَةِ.

ذَكر أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي شبابةُ بْنُ سوارٍ، عَنْ شُعْبَةَ، قَالَ: سَأَلْتُ الحَكَمَ وَحَمَّاداً عَنْ مَمْلُوكٍ انْتَزَعَ جَارِيَةً؟ فَقالَا: عَلَيهِ الحَدُّ، وَلَيْسَ عَلَيهِ صَدَاقٌ.

١٧ ـ باب القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره

١٤٠٤ م ـ قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنِ اسْتَهْلَكَ شَيْئاً مِنَ الْحَيَوانِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ، أَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهُ يَوْمَ اسْتَهلَكَهُ. لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُؤْخَذَ بِمِثْلِهِ مِنَ الْحَيَوانِ. وَلاَ يَكُونَ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ صَاحِبَهُ، فِيمَا اسْتَهْلَكَ، شَيْئاً مِنَ الْحَيَوانِ. وَلَكنْ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ. القِيمَةُ أَعْدَلُ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمَا، فِي الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوض.

١٤٠٤ م ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ١٧ (القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره) من كتاب الأقضية.

قَالَ: وَسَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ، فِيمَنِ اسْتَهْلَكَ شَيْئاً مِنَ الطَّعَامِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ: فَإِنَّمَا يَرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ مِثْلَ طَعَامِهِ. بِمَكِيلَتِهِ مِنْ صِنْفِهِ. وَإِنَّمَا الطَّعَامُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ. إِنَّمَا يَرُدُّ مِنَ الذَّهَبِ الذَّهَبَ. وَمِنَ الفِضَّةِ الفِضَّةَ. وَلَيْسَ الْحَيَوَانُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ فِي ذَلِكَ. فَرَقَ بَيْنَ السُّنَّةُ وَالْعَمَلُ الْمَعْمُولُ بِهِ.

قال أبو عمر: أَجْمَعَ العُلَماءُ لاَ خِلافَ بَيْنَهُم فِيمَا عَلِمْتُ أَنَّ مَنَ اسْتَهْلَكَ ذَهَباً، أَو وَرِقاً، أَو طَعَاماً مَكِيلاً، أَو مَوْزُوناً أَنَّهُ عَلَيهِ مِثْلُ مَا اسْتَهْلَكَ مِنْ صِنْفِهِ بِوَزْنِهِ وَكَيْلِهِ عَلى ظَاهِرِ قَولِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦].

وَاخْتَلَفُوا فِيمَنِ اسْتَهْلَكَ شَيْئاً مِنَ الحَيَوانِ:

فَقَالَ مِنْهُمْ قَائِلُونَ: لَا يُقْضَى بِالقِيمَةِ فِي شَيْءٍ مِنَ الأَشْيَاءِ إِلَّا عِنْدَ عَدَمِ المِثْلِ.

وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ: الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَدَاوُدُ، وَأَصْحَابُهُمْ.

وَحُجَّتُهم قَولُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ . . .﴾ الآية.

وَمِنَ الأَثَرِ مَا حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ بَكْرٍ، قَالَ: حَدَّثَنا أَبُو دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ المُثَنَّى، قَالَ: حَدَّثَنِي خَالِدٌ، قَالَ أَبُو دَاوُدَ: وَحَدَّثَنِي مُسددٌ، قَالَ: حَدَّثَنِي يَحْيَى، جَمِيعاً عَنْ حُميدٍ، عَنْ أَنَسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ، فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتِ المُؤْمِنِينَ مَعَ خَادِمِهَا قَصْعَةً فِيها طَعَامٌ، قَالَ: فَضَربت بِيَدِها، فَكَسرتِ القَصْعةُ.

قَالَ ابْنُ المُثَنَّى فِي حَدِيثِهِ: فَأَخَذَ النَّبِيُّ ﷺ الكَسْرَتَيْنِ، فَضَمَّ إِحْدَاهُما إِلى الأُخْرى، فَجَعَلَ يَجْمَعُ فِيهَا الطَّعَامَ، وَيَقُولُ: غَارَتْ أُمُّكُمْ، كُلُوا فَأَكَلُوا حَتَّى جَاءَتْ قَصْعَتها الَّتِي فِي بَيْتِها، زادَ ابنِ المُثَنَّى: «كُلُوا»؛ فَأَكَلُوا حَتَّى جَاءَتْ قَصْعَتُهَا الَّتِي فِي بَيْتِهَا - ثُمَّ رجعَ إلى لفظ حَدِيثِ مُسددٍ، وَقَالَ: «كُلُوا»؛ وحَبسَ الرَّسُولَ والقصْعة حَتَّى فَرَغُوا فَدفعَ القصْعةَ الصَّحِيحَةَ إِلى الرَّسُولِ، وَحَبسَ المَكسُورَةَ فِي بَيْتِهِ[1].

قَالَ أَبُو دَاوُدَ: وَحَدَّثَنِي مُسددٌ، [قَالَ: حَدَّثَنِي يَحيَى، عَنْ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ، قَالَ: حَدَّثَنِي فُلَيتُ العامريُّ، قَالَ أَبُو دَاوُدَ]: وَهُوَ أَفلت بن خليفة، عَنْ جَسْرَةَ بنت دَجَاجَةَ، قَالَتْ: قالت عَائِشَةُ: مَا رَأَيْتُ صَانِعاً طَعَاماً مِثْلَ صَفِيَّةَ، صَنَعَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ طَعَاماً

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح باب ١٠٧، وأبو داود في البيوع باب ٨٩، والنسائي في عشرة النساء باب ٤، وابن ماجه في الأحكام باب ١٤، والدارمي في البيوع باب ٥٨، وأحمد في المسند ٣/ ١٠٥، ٢٦٣.

فَبَعَثَ بِهِ، فَأَخَذَنِي أَفْكَلٌ، فَكَسَرْتُ الإِنَاءَ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ؟ قَالَ: «إِنَاءٌ مِثْلُ إِنَاءٍ، وَطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ»(١).

وَاحْتَجَّ بِهَذَا كُلُّ مَنْ قَالَ بِالْمِثْلِ فِي الْعُرُوضِ، وَغَيْرِهَا؛ لأَنَّهُ ضَمنَ الْقَصْعَةَ بِقَصْعَةٍ مِثْلِهَا، كَمَا ضمنَ الطَّعَامَ بِطَعَامٍ مِثْلِهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ، وَمَنْ تَابَعَهُ: لَا يُقْضَى فِي الحَيَوَانِ مَنَ العُرُوضَ، وغَيْرِهِ إِلَّا بَالقِيمَةِ.

وَحُجَّتِهِم حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضَى فِيمَنْ أَعْتَقَ شركاً لَهُ فِي عَبْدٍ بقيمةِ حصَّةِ شَرِيكِهِ دُونَ حِصَّتِهِ مِنْ عَبْدٍ مِثْلِهِ(٢).

قال أبو عمر: المِثْلُ لاَ يوصلُ إِليْهِ إِلاَّ بِالاجْتِهَادِ، وكَمَا أَنَّ القِيمَةَ تُدْرَكُ بِالاجْتِهَادِ، وَقِيمَةُ العَدلِ فِي الحَقِيقَةِ مِثلٌ.

وَقَدْ قَالَ العِرَاقِيُّونَ فِي قَولِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] أَنَّ القِيمَةَ مُثْلٌ فِي هَذَا المَوْضعِ، فَتَنَاقَضُوا.

وَالحَدِيثُ فِي القَضَاءَ بِالقِيمَةِ فِي الشِّقْصِ مِنَ العَبْدِ أَصَحُّ مِنْ حَدِيثِ القَصْعَةِ، فَهُوَ أَوْلَى أَنْ يمتثلَ، ويَعملَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ: إِذَا اسْتُودِعَ الرَّجُلُ مَالاً فَابْتَاعَ بِهِ لِنَفْسِهِ وَرَبِحَ فِيهِ. فَإِنَّ ذَلِكَ الرِّبْحَ لَهُ. لأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ. حَتَّى يُؤَدِّيَهُ إِلَى صَاحِبِهِ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلَمَاءُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ:

فَكَانَ رَبِيعَةُ بْنُ أَبِي عَبْدِ الرَّحمٰنِ؛ وَمَالِكُ بْنُ أَنسٍ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَأَبُو يُوسُفَ القَاضِي يَقُولُونَ: إِذَا رَدَّ المَالَ طَابَ لَهُ الرِّبْحُ غَاصِباً كَانَ المَالَ أَو مُستودعاً عِندَهُ مُستَعدِّياً فِيهِ.

وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَزُفَرُ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ يَقُولُونَ: يُؤَدِّي المَالَ وَيَتَصَدَّقَ بِالرِّبْحِ كُلِّهِ، وَلَا يَطِيبُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ.

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع باب ٨٩، والترمذي في الأحكام باب ٢٣، والنسائي في عشرة النساء باب ٤، وأحمد في المسند ٦/١٤٨، ٢٧٧.

(٢) أخرجه البخاري في الشركة باب ٥، ١٤، والعتق باب ٥، ومسلم في العتق حديث ١، والأيمان حديث ٤٧، ٤٨، ٥١، وأبو داود في العتاق باب ٦، والترمذي في الأحكام باب ١٤، والنسائي في البيوع باب ١٠٥، ١٠٦، وابن ماجه في العتق باب ٧، وأحمد في المسند ١/٥٦، ٢/١٥، ٣٤، ٥٣، ١١٢، ٥/٣٢٧. ولفظ الحديث بتمامه عند البخاري: عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: من أعتق شقصاً له من عبد ـ أو شركاً، أو قال: نصيباً ـ وكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل، فهو عتيق، وإلا فقد عتق منه ما عتق.

وَقَالَ الأَوْزَاعِيُّ: الَّذِي هُوَ أَسْلَمُ لَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بَالرِّبْحِ.

وَقَالَ ابْنُ خواز بنداد: مِنَ اشْتَرَى بِدَرَاهِمَ مَغْصُوبَةٍ، فَرَبِحَ كَانَ الرِّبْحُ لَهُ، وَيُسْتَحَبُّ لَهُ فِيمَا بَيْنَهُ، وَبَيْنَ اللَّهِ تَعالى أَنْ يَتَنَزَّهَ عَنْهُ، ويَتصدَّقَ به.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ كَانَ اشْتَرَى بِالمَالِ بعَيْنِهِ، فَالسِّلْعَةُ وَالرِّبْحُ لِرَبِّ المَالِ.

وَحَكى الرَّبِيعُ، عَنِ الشَّافِعِيِّ، قَالَ: إِذَا اشْتَرَى الغَاصِبُ السلْعَةَ بِمَالٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ، ثُمَّ نَقَدَ المَالَ المَغْصُوبَ، أَو مَالَ الوَدِيعَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ رَبِّها، فَالرِّبْحُ لَهُ، وَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا اسْتَهلكَ خَاصَّةً مِنْ مَالِ غَيْرِهِ، وَإِنِ اشْتَرَاهُ بِالمَالِ بِعَيْنِهِ، فَرَبُّ المَالِ بِالخِيارِ بَيْنَ أَخْذِ المَالِ، وَالسِّلْعةِ.

قَالَ الرَّبِيعُ: وَلَهُ فِيها قَولٌ آخَرُ أَنَّ البَيْعَ فَاسِدٌ إِذا اشْتَرى بِالمَالِ المَغْصُوبِ بِعَيْنِهِ.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمٰنِ بْنِ الحَارِث بْنِ هِشَامٍ، وَعَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ مِثْلُ قَولِ مالِكٍ.

وَرُوِيَ عَنْ مُجَاهِدٍ أَنَّهُ يتصدَّقُ بالرِّبحِ مِثْلُ قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: الرِّبْحُ عَلى كُلِّ حَالٍ لِرَبِّ المَالِ.

[وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَتْ طَائِفَةٌ؛ الرِّبْحُ عَلى كُلِّ حَالٍ لِرَبِّ المَالِ].

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ.

حَدَّثَنِي خَلفُ بْنُ قَاسِمٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي يَعْقُوبُ الماروديُّ، قَالَ: حَدَّثَنِي يُوسُفُ بْنُ يَعْقُوبَ القَاضِي، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو الرَّبِيعِ الزهرانيُّ، قَالَ: حَدَّثَنِي هشيمٌ عَنْ دَاوُدَ بْنِ أَبِي هِنْدٍ، عَنْ رَباح بْنِ عُبيدَةَ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ اسْتَبْضَعَ بِضَاعةً، فَخَالَفَ فِيهَا، فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ: هُوَ ضَامِنٌ، فَإِنَّ رَبِحَ فالرِّبْحُ لِرَبِّ المَالِ

قال أبو عمر: لَمْ يَجْعَلِ ابْنِ عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ العَملَ مَعْنَى يُوجِبُ بِهِ اسْتِحْقَاقِ رِبْحٍ وَلاَ غَيْرِهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ مَا يَدُلُّ عَلى أَنَّ الرِّبْحَ لَهُ بِالضَّمَانِ.

رَوَاهُ مَالِكٌ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ وَعُبيدَ اللَّهِ ابْنَي عُمَرَ قَفلا مِنْ غَزْوَةٍ فَمَرَّا بَأَبِي مُوسى، فَأَسْلَفَهُما مِنْ بَيْتِ المَالِ، فَاشْتَرَيا بِهِ مَتاعاً، فَحَملاهُ إِلى المَدِينَةِ، فَرَبِحَا فِيهِ. قَالَ عُمَرُ: أَدِّيَا المَالَ وَرِبْحَهُ، فَقَالَ عُبيدُ اللَّهِ: مَا يَنْبَغِي لَكَ هَذَا، لَو هَلكَ المَالُ، ونَقص ضَمَّنَاهُ، وسَكَتَ عَبْدُ اللَّهِ، فَأَعَادَ القَولَ عُمَرُ عَلَيْهِمَا، فَرَاجَعَهُ عُبيدُ اللَّهِ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: لَو جَعَلْتَهُ قراضاً يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ؟ قَالَ: فَأَخَذَ عمر رأس المال ونِصْفَ الرِّبْحِ.

فَلَمْ يُنْكِرْ عُمَرُ عَلى ابْنِهِ عُبيدِ اللَّهِ قَولَهُ: لَو هَلَكَ المَالُ أَو نَقصَ ضَمِنَّاهُ، يَعْنِي فَلِذَلِكَ طَابَ لَنا رِبْحُهُ، وَدَلَّ عَلى مَا ذَهَبَ إِليهِ مَالِكٌ، وَمَنْ قَالَ بِقَولِهِ.

وَيُحْتَمَلُ بِأَنْ يَكُونَ فعلَ ذَلِكَ عُقُوبَةً لَهُما؛ لانْفِرادِهما دُونَ سَائِرِ المُسْلِمِينَ لِمَالٍ مِنْ بَيْتِ المَالِ، فَشَاطَرَهُما فِي ذَلِكَ كَما فَعلَ بِعُمَّالِهِ إِذْ شَاطَرَهُم أَمْوَالَهُمْ، وَاللَّهُ المُسْتَعَانُ.

١٨ ـ باب القضاء فيمن ارتد عن الإسلام

١٤٠٧[(١)] ـ مَالِكٌ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ غَيَّرَ دِينَهُ فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ».

هَكذا رَوى هَذا الحَدِيثَ جَماعَةُ رُوَاةِ «المُوَطَّإِ» [عَنْ مَالِكٍ] مُرْسَلاً.

وَقَدْ رُوِيَ فِيهِ عَنْ مَالِكٍ إِسْنَادٌ مُنْكَرٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، لا يصحُّ بِهِ.

وَالصَّحِيحُ فِيهِ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ، رَوَاهُ حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ، وَابْنُ عُلَيَّةَ، عَنْ أَيُّوبَ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ، فَاقْتُلُوهُ»[(٢)].

وَظاهِرُ هَذا الحَدِيثِ يُوجِبُ عَلى كُلِّ حَالٍ مَنْ غَيَّرَ دِينَ الإِسْلَامِ، أَو بَدَّلَهُ، فَلْيُقْتَلْ، وَيُضْرَبْ عُنُقُه، إِلَّا أَنَّ الصَّحابَةَ قَالُوا: إِنَّهُ يُسْتَتَابُ، فَإِنْ تَابَ، وَإِلَّا قُتِلَ، فَكأَنَّ الحَدِيثَ عِنْدَهُم خَرجَ عَلى مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ، وَتَمادى عَلى ذَلِكَ، وَلَمْ يصْرفْ عَنْهُ، كَما خرجَ أَيضاً عَلى دِينِ الإِسْلام دُونَ غَيْرِهِ

قالَ مَالِكٌ[(٣)]: وَمَعْنَى قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ، فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ، مِنْ غَيَّر دِينَهُ فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ، أَنَّهُ مَنْ خَرَجَ مِنَ الإِسْلَام إِلَى غَيْرِهِ، مِثْلُ الزنادقةِ وَأَشْبَاهِهِم، فَإِنَّ أُولئك إِذَا ظُهِرَ عَلَيْهِم، قُتلُوا وَلَمْ يُسْتتابُوا؛ لأَنَّهُ لَا تُعرفُ توبَتُهُم، وَأَنَّهُمْ كَانُوا يُسرُّون الكفرُ ويعلنُون الأَسْلامَ، فَلا أَرَى أَنْ يُسْتَتَابَ هؤلاء، وَلَا يقبلُ مِنْهُم قولُهُمْ، وَأَمَّا مَنْ خَرَجَ مِنْ الإِسْلَام إلى غيره وَأَظْهَرَ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يُسْتَتَابُ، فَإِنْ تَابَ، وَإِلَّا قُتِلَ، وَذلِكَ،

١٤٠٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٥، من كتاب الأقضية، باب ١٨ (القضاء فيمن ارتد عن الإسلام)، وقد أخرجه عن ابن عباس، البخاري في الجهاد، باب ١٤٩ (لا يعذب بعذاب الله) حديث ٣٠١٧، بلفظ: «من بدل دينه فاقتلوه».

(١) سقط سهواً في ترقيم الأحاديث، ١٤٠٩، ١٤١٠، فتنبه.

(٢) أخرجه البخاري في الجهاد باب ١٤٩، والاعتصام باب ٢٨، والاستتابة باب ٢، وأبو داود في الحدود باب ١، والترمذي في الحدود باب ٢٥، والنسائي في التحريم باب ١٤، وابن ماجه في الحدود باب ٢، وأحمد في المسند ١/ ٢، ٧، ٢٨٢، ٢٨٣، ٣٢٣، ٥/ ٢٣١.

(٣) الموطأ، صفحة ٧٣٦.

لَوْ أَنَّ قَوْماً كَانُوا عَلَى ذَلِكَ، رَأَيْتُ أَنْ يُدْعَوْا إِلَى الإِسْلَامِ وَيُسْتَتَابُوا، فَإِنْ تَابُوا قُبِلَ ذلِكَ مِنْهُمْ. وإِنْ لَمْ يَتُوبوا قُتِلُوا، وَلَمْ يُعْنِ بِذلِكَ، فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ، مَنْ خَرَجَ مِنَ الْيَهُودِيَّةِ إِلَى النَّصْرَانِيَّةِ، وَلَا مِنَ النَّصْرَانِيَّةِ إِلَى الْيَهُودِيَّةِ، وَلَا مَنْ يُغَيِّرُ دِينَهُ مِنْ أَهْلِ الأَدْيَانِ كُلِّهَا، إِلَّا الإِسْلَامَ، فَمَنْ خَرَجَ مِنَ الإِسْلَامِ إِلَى غَيْرِهِ، وَأَظْهَرَ ذلِكَ، فَذَلِكَ الَّذِي عُنِيَ بِهِ. وَاللَّهُ أَعْلَم.

قال أبو عمر: عَلى هَذا جَماعَةُ العُلماءِ فِيمَنْ خَرَجَ مِنْ دِينِ اليَهُودِيَّةِ إِلى النَّصْرَانِيَّةِ، أو مِنَ النَّصْرَانِيَّةِ إلى اليَهُودِيَّةِ، أو المَجُوسِيَّةِ [أَنَّهُ لاَ يقتلُ إِنْ كَانَ ذمِّيًا، وَلَهُ ذِمَّتُهُ؛ لأَنَّ النَّصْرَانِيَّةَ، وَاليَهُودِيَّةَ، وَالمَجُوسِيَّةَ أَدْيَانٌ]، قَدْ جَاءَ القُرآنُ والسُّنَّةُ بِأَنْ يقرَّ أَهْلَها ذمَّة إِذا بَذَلُوا الجِزْيَةَ، وَأَعْطوها لِلْمُسْلِمِينَ عَلى ذَلِكَ، لاَ خِلافَ بَيْنَ العُلماءِ فِيما وَصَفْنا.

إِلَّا أَنَّ الشَّافِعيَّ قالَ: إِذَا كانَ المبدِّلُ لدِينِهِ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّة كَانَ للإِمَامِ أَنْ يُخْرِجَهُ مِنْ بَلَدِهِ، وَيلْحقَهُ بِأَرْضِ الحَرْبِ، وَجازَ لَهُ اسْتِحْلَالُ مَالِهُ معَ أَمْوَالِ الحَرْبِيِّينَ إِنْ غلبَ عَلى الدَّارِ؛ لأَنَّهُ إِنَّما جعلَ لَهُ الذِّمَّة على الدِّينِ الَّذِي كَانَ عَلَيهِ فِي حِينِ عَقْدِ العَهْدِ لَهُ.

هَكَذا حَكاهُ المزنيُّ وَغَيرُهُ مِنْ أَصْحابِهِ عَنْهُ، وَهُوَ المَعْرُوفُ مِنْ مَذْهَبِهِ.

وَحَكى عَنْهُ مُحمدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الحَكَمِ أَنَّ الذِّمِّيَّ، إِذَا خرجَ مِنْ دِينٍ إِلى دِينٍ كانَ للإِمَامِ قَتْلُهُ، بِظَاهِرِ الحَدِيثِ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ، فَاقْتُلُوهُ».

وَالمَشْهُورُ عَنِ الشَّافِعِيِّ مَا قَدَّمْنا ذِكْرَهُ مِنْ رِوايَةِ المزنيِّ، وَالرَّبِيعِ عَنْهُ.

قال أبو عمر: وَوَجْهُ رِوايَةِ مُحمدٍ عَنْهُ أَنَّ الذِّمِّيَّ قَبْلَ أَنْ تُعْقَدَ لَهُ الذِّمَّةُ حَلالُ الدَّمِ، ثُمَّ صَارَتْ لَهُ الذِّمَّةُ بِما عقدَ لَهُ الإِمَامُ مِنَ العَهْدِ عَلى أَنْ يَقرَّهُ عَلى ذَلِكَ الدِّينِ إِذا بَذَلَ الجِزْيَةَ، فَلمَّا خَرجَ عَنِ الدِّينِ الَّذِي عُقِدَتْ لَهُ الذِّمَّةُ عَلَيهِ عَادَ حُكْمُهُ إِلى حُكْمِ الحَرْبِيِّ، فَجازَ قَتْلُهُ، وَهَذَا وَجْهٌ مُحْتَمِلٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَاخْتَلَفَ الصَّحابَةُ، وَمَنْ بَعْدَهُمْ ـ رضي الله عنهم ـ فِي اسْتِتَابَةِ المُرْتَدِّ:

فَقالَ بعْضُهم: يُسْتَتابُ مَرَّةً واحِدَةً فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ سَاعَةً وَاحِدَةً، فَإِنْ تَابَ، وَانْصرفَ إِلى الإِسْلَامِ، وَإِلَّا قُتِلَ.

[وَقالَ آخَرُونَ: يُسْتَتابُ شَهراً].

وَقالَ آخَرُونَ: يُسْتَتابُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ عَلى مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ، وَعُثْمانَ، وَعَلِيٍّ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ـ رحمةُ اللَّهِ عَليهم

وَلَمْ يسْتتبِ ابْنُ مَسْعُودٍ ابْنَ النواحةِ وَحْدَهُ؛ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِذْ جَاءَهُ مِنْ عِنْدِ

مُسَيْلَمَةَ: «لَوِلَا أَنَّكَ رَسُولٌ لَقَتَلْتُكَ» فَقالَ لَهُ ابْنُ مَسْعُودٍ: إِذ أظهرت الردة أنْتَ اليَومَ لَسْتَ بِرَسُولٍ فَقَتَلَهُ، وَاسْتَتَابَ غَيْرَهُ.

١٤٠٨ ـ وروى مَالِكٌ فِي هَذا البَابِ مِنَ «المُوَطَّإِ» عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ القَارِيِّ، عَنْ أبيهِ؛ أنَّهُ قَالَ: قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ قِبَلِ أَبِي مُوسَى الأشْعَرِيِّ، فَسَأَلَهُ عَنِ النَّاسِ، فَأَخْبَرَهُ، ثُمَّ قَالَ لَهُ عُمَرُ: هَلْ كانَ فِيكُمْ مِنْ مُغْرِّبَةِ خَبَرٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، رَجُلٌ كَفَرَ بَعْدَ إِسْلامِهِ، قَالَ: فَمَا فَعَلْتُمْ بِهِ؟ قَالَ: قَرَّبْنَاهُ، فَضَرَبْنَا عُنُقَهُ، فَقَالَ عُمَرُ: أَفَلاَ حَبَسْتُمُوهُ ثَلاَثاً، وَأَطْعَمْتُمُوهُ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيفاً، وَاسْتَتَبْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ وَيُرَاجِعُ أَمْرَ اللَّهِ؟ ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: اللَّهُمَّ إِنِّي لَمْ أَحْضُرْ، وَلَمْ أَرْضَ، إِذَ بَلَغَنِي.

وَحدَّثني خَلفُ بْنُ قَاسِمٍ، قالَ: حدَّثني ابْنُ أبي العقيب، قالَ: حدَّثني أَبُو زُرْعَةَ، قَالَ: حدَّثَني أَحْمَدُ بْنُ خَالِدٍ، قالَ: حَدَّثني مُحَمَّدُ بْنُ إِسْحاقَ عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ مُحمدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عبْدِ القَارِيِّ عَنْ أَبيهِ، قَالَ: قَدمَ وَفْدُ أَهْلِ البَصْرَةِ عَلى عُمَرَ، فَأَخبَروهُ بِفَتْحِ تستر، فَحمدَ اللَّهَ، ثُمَّ قالَ: هَلْ حَدَثَ فِيكُم حَدَثٌ؟ فَقالُوا: لَا وَاللَّهِ يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ إِلَّا رَجُلٌ ارْتَدَّ عَنْ دِينِهِ، فَقَتَلْنَاهُ، قَالَ: وَيْلَكُمْ، أعجزْتُم أَنْ تطينُوا عَليهِ بَيْتاً ثَلاثاً، ثُمَّ تُلقوا إِليهِ كُلَّ يوم رَغِيفاً، فَإِنْ تَابَ قَبِلْتُمْ مِنْهُ، وَإِنْ أَقَامَ كُنْتُم قَدْ أَعْذَرْتُمْ إِلَيهِ، اللَّهُمَّ إِنِّي لَمْ أَشْهَدْ، وَلَمْ آمُرْ، وَلَمْ أَرضَ إِذْ بَلَغَنِي.

وَرَوَاهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ، فَقالَ فِيهِ: عَنْ مُحمدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ أَبِيهِ.

وَقولُ مَالِكٍ، وَابْنِ إِسْحاقَ الصَّوَابُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

وَرَوى [دَاوُدُ] بْنُ أبي هِنْدٍ، عَنِ الشَّعبيِّ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ نَفَراً مِنْ بكرِ بْنِ وَائِلٍ ارْتَدُّوا عَنِ الإِسْلام يَومَ تَسْتُر، فَلحقُوا بالمُشْرِكِينَ، فَلمَّا فُتِحَتْ قُتِلُوا فِي القِتَالِ، قَالَ: فَأَتَيْتُ عُمَرَ بِفَتْحِهَا، فَقالَ: مَا فَعلَ النَّفَرُ مِنْ بكرِ بْنِ وائلٍ؟ فَعرضْتُ عَنْ حَدِيثِهِ لأشْغَلهُ عَنْ ذِكرِهِمْ، فَقالَ: لَا. مَا فَعلَ النَّفَرُ مِنْ بَكْرِ بْنِ وَائِلٍ؟ فَقُلْتُ: قُتِلُوا، قَالَ لأنْ أكُون [كُنْتَ] أَخَذْتَهم سلماً أَحبُّ إِليَّ مِمَّا طلعَتْ عَليهِ الشَّمْسُ مِنْ صَفراءَ وَبَيْضَاءَ، قُلْتُ: وَهَلْ كَانَ سَبِيلهُم إِلَّا القَتْلِ؟ ارْتَدوا عَنِ الإِسْلام، وَلحقُوا بِالمُشْرِكِينَ، قَالَ: كُنْتُ أعْرِضُ عَلَيهِم أَنْ يَدْخُلُوا فِي البَابِ الَّذِي خَرَجُوا مِنْهُ، فَإِنْ قَبلُوا قبلْتُ مِنْهُم، وَإِلَّا اسْتَوْدَعْتُهم السِّجْنَ.

١٤٠٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٦، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٠٧، وعبد الرزاق في المصنف ١٠/ ١٦٥.

قال أبو عمر: يَعْنِي اسْتَوْدَعْتُهم السِّجْنَ حَتَّى يَتُوبُوا، فَإِنْ لَمْ يَتُوبُوا قُتِلُوا، هَذا لاَ يَجُوزُ غَيْرُهُ؛ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ، فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ».

وَروى عُبَادة، عَنِ العَلاءِ أبي مُحمدٍ أنَّ عَلِيّاً ـ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ ـ أخَذَ رَجُلاً مِنْ بَكرِ بْنِ وَائِلٍ تَنَصَّرَ بَعْدَ الإسْلام، فَعرضَ عَلَيهِ الإِسْلامَ شَهْراً، فَأبى، فَأَمَرَ بِقَتْلِهِ.

وَذكرَ أبُو بَكْرٍ، قالَ: حدَّثَني حفصُ بْنُ غياثٍ، عَنْ أشْعث، عَنِ الشعبيِّ، قالَ: قَالَ عَلِيٌّ: يُسْتَتابُ المُرْتَدُّ ثَلاثاً، فَإِنْ عَادَ قُتِلَ.

وَروى أبُو مُعَاوِيَةَ عَنِ الأَعْمَشِ عَنْ أبِي عَمْرٍو الشَّيْبانيِّ أنَّ عَلِيّاً أتى بالمسْتوردِ العجليِّ، وَقَدِ ارْتَدَّ عَنِ الإسْلام، فَاسْتَتَابَهُ، فَأبى أنْ يَتُوبَ، فَقَتَلَهُ.

وَقَدْ ذَكَرْنا فِي «التَّمْهِيدِ» مِنْ هذِهِ الآثارِ كَثِيراً.

وَلَا أعْلَمُ بَيْنَ الصَّحابَةِ خِلافاً فِي اسْتِتَابَةِ المُرْتَدّ، فَكَأَنَّهُم فهِمُوا مِنْ قَولِ النَّبيِّ ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» أيْ بَعْدَ أنْ يُسْتَتابَ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

إلَّا حَدِيثَ مُعاذٍ مَعَ أبِي مُوسى، فَإِنَّ ظَاهِرَهُ القَتْلُ دُونَ اسْتِتَابَةٍ، وَقَدْ قِيلَ إنَّ ذَلِكَ المُرْتَدَّ قَدْ كَانَ اسْتُتِيبَ.

رَوَاهُ يَحْيى القَطَّانُ وَغيرُهُ، عَنْ قرَّةَ بْنِ خَالِدٍ، عَنْ حُميدِ بْنِ هِلالٍ، عَنْ أبِي بُردَةَ، عَنْ أبِي مُوسى الأشْعَرِيِّ أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعْمَلَهُ عَلى اليَمَنِ، ثُمَّ أتْبعَهُ مُعاذَ بْنَ جَبَلٍ، فَوَجَدَ عِنْدَهُ رَجُلاً مُقَيَّداً بِالحَدِيدِ، فَقالَ: مَا شَأْنُ هَذَا؟ فَقالَ: كَانَ يَهُودِياً فَأسْلَمَ، وَارْتَدَّ، وَرَاجَعَ دِينَهُ دِينَ السّوءِ، فَقالَ مُعاذٌ: لَا أنزلُ حَتَّى يقتلَ، قَضاءُ اللَّهِ وَرَسُولِهِ[(١)].

وَرُوِيَ هَذا الحَدِيثُ مِنْ وُجُوهٍ عَنْ أبِي مُوسى إلَّا أنَّ بَعْضَهُمْ قَالَ فِيهِ: قَدْ كَانَ اسْتُتِيبَ قَبْلَ ذَلِكَ أيَّاماً.

ذَكرَ أبُو بَكْرٍ، قالَ: حدَّثني عبادُ بْنُ العوام، عَنْ سَعِيدٍ، عَنْ قَتادَةَ، عَنْ حُميدِ بْنِ هلالٍ أنَّ مُعاذاً لمَّا أتى أبا مُوسى، وَعِنْدَهُ رَجُلٌ يَهُودِيٌّ، فَقالَ: مَا هَذا؟ قَالَ: يَهُودِيٌّ أسْلَمَ، ثُمَّ ارْتَدَّ، وَقَد اسْتَتَابَهُ أبُو مُوسى شَهْرَيْنِ، فَقالَ مُعاذٌ: لَا أجْلِسُ حَتَّى أضْربَ عُنُقَهُ.

---

(١) أخرجه البخاري في الأحكام، باب ١١، بلفظ: عن أبي بردة عن أبي موسى أن رجلاً أسلم ثم تهوّد، فأتاه معاذ بن جبل وهو عند أبي موسى فقال: ما لهذا؟ قال: أسلم ثم تهوّد قال: لا أجلس حتى أقتله قضاء الله ورسوله ﷺ.

وأخرجه البخاري في الإجارة باب ١، واستتابة المرتدين باب ٢، ومسلم في الإمارة حديث ١٥، وأبو داود في الحدود باب ١، والأقضية باب ٣، والنسائي في الطهارة باب ٤، والقضاء من السنن الكبرى، باب ٦، وأحمد في المسند ٤/ ٤٠٩، ٥/ ٢٣١.

وَاحْتَجَّ مَنْ لَمْ يَرَ الاسْتِتابَةَ بِحَدِيثِ مُعاذٍ هَذا.

وَاحْتَجُّوا أيضاً بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أمَرَ يَومَ فَتْح مَكَّةَ بِقَتْلِ قَوم ارْتَدُّوا عَنِ الإِسْلامِ مِنْهُم عَبْدُ اللَّهِ بْنُ خطل، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَعْدِ بْنِ أبي سرحِ العامِريُّ مَعَ ظَاهِرِ قَولِهِ ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ، فَاقْتُلُوهُ».

وَذَكرَ سَحْنُونُ أَنَّ عَبْدَ العَزِيزِ بْنَ أبي سَلَمَة كَانَ يَقُولُ: يُقْتَلُ المُرْتَدُّ، وَلَا يُسْتَتاب.

وَيحْتجُّ بِحَدِيثِ مُعَاذٍ مَع أَبِي مُوسى.

وَقالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَطَائِفَةٌ مَعَهُ: لَا يُسْتَتابُ مَنْ وُلِدَ فِي الإِسْلامِ، ثُمَّ ارْتَدَّ إِذا شهِدَ عَلَيهِ، وَلَكِنَّهُ يُقْتَلُ تَابَ مِنْ ذَلِكَ، أو لَمْ يَتُبْ إِذا قَامَتِ البَيِّنَةُ العَادِلَةُ.

وَاخْتَلَفُوا عَنِ الحَسَنِ البَصْرِيِّ: فَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: يُقْتَلُ دُونَ اسْتِتَابَةٍ.

وَرُوي عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: يُسْتَتابُ مِئَة مَرَّةٍ.

قال أبو عمر: مَنْ رَأى قَتْلَهُ بِالاسْتِتَابَةِ جَعَلَهُ حَدّاً مِنَ الحُدُودِ، وَلَمْ يَقْبَلْ فِيهِ تَوْبَتَهُ.

وَقالَ: تَوْبَتُهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ فِي آخِرَتِهِ، وَرَأى أَنَّ حَدَّهُ إِذا بَدَّلَ دِينَهُ القَتْلُ.

وَرَوى ابْنُ القَاسِمِ وَغَيرُهُ عَنْ مَالِكٍ، قَالَ: يُعْرَضُ عَلى المُرْتَدِّ الإِسْلَامُ ثَلاثاً، [فَإِنْ أَسْلَمَ] وَإِلَّا قُتِلَ.

قَالَ: وَإِنِ ارْتَدَّ سَوَاءً قُتِلَ وَلَمْ يُسْتَتَبْ كما تُقْتَلُ الزَّنَادِقَةُ.

قَالَ: وَإِنَّما يُسْتَتابُ مَنْ أَظْهَرَ دِينَهُ الَّذِي ارْتَدَّ إِلَيهِ.

قَالَ مَالِكٌ: يُقْتلُ الزَّنادِقَةُ، وَلَا يُسْتَتابُونَ.

قَالَ: وَالقَدَرِيَّةُ يُسْتَتابُونَ، يُقالُ لَهُم: اتْرُكُوا مَا أَنْتُمْ عَلَيهِ، فَإِنْ تَابُوا، وَإِلَّا قُتِلُوا.

وَقالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ: لَيسَ فِي اسْتِتَابَةِ المُرْتَدِّ أَمْرٌ مِنْ جَماعَةِ النَّاسِ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: يُسْتَتابُ المُرْتَدُّ ظَاهِراً، والزِّنْدِيقُ جَمِيعاً، فَمَنْ لَمْ يَتُبْ مِنْهُما قُتِلَ.

وَفِي الاسْتِتَابَةِ [ثَلاثاً] قَوْلَانِ: **أَحَدُهُما**: حَدِيثُ عُمَرَ.

والآخر: أَنَّهُ لاَ يُؤَخَّرُ؛ لأَنَّ النَّبيَّ ﷺ لَمْ يَأْمُرْ فِيهِ بِأَنَاةٍ، وَهَذا ظَاهِرُ الخَبَرِ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَو شَهِدَ عَلَيهِ شَاهِدانِ بالرِّدَّةِ قُتِلَ، فَإِنْ أَقَرَّ بِأَنَّ لا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَنَّ مُحمَّداً رَسُولُ اللَّهِ، وَيبْرأُ مِنْ كُلِّ دِينٍ خَالفَ الإِسْلامَ لَمْ يَكْشفْ عَنْ غَيرِهِ.

وَالمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابِهِ أَنَّ المُرْتَدَّ لا يُقْتَلُ حَتَّى يُسْتَتاب.

وَهُوَ قَولُ ابْنِ عُلَيَّةَ.

قَالُوا: وَمَنْ قتلَهُ قَبْلَ أَنْ يُسْتَتابَ، فَقَدْ أَسَاءَ، وَلَا ضمانَ عَلَيهِ.

وَرَوى مُحَمّدُ بْنُ الحَسَنِ فِي «السِّيرِ» عَنْ أبِي يُوسُفَ، عَنْ أبِي حَنِيفَةَ أنَّ المُرْتَدَّ يُعْرَضُ عَلَيهِ الإسْلَامُ، فَإِنْ أسْلَمَ، وَإِلّا قُتِلَ مَكانَهُ إلّا أنْ يَطْلُبَ أنْ يُؤَجَّلَ فَإِنْ طَلَبَ ذَلِكَ أُجِّلَ ثَلاثَة أيَّامٍ.

وَالزِّنْدِيقُ عِنْدَهُم مِثْلُ المُرْتَدِّ سَواءً، إلَّا أنَّ أبَا يُوسُفَ لَمَّا رَأى مَا يَصْنَعُ الزَّنَادِقَةُ، وَأنَّهُم يرْجِعُونَ بَعْدَ الاسْتِتَابَةِ، قَالَ: أرى إِنْ أتيتُ بِزِنْدِيقٍ أنْ أضْرِبَ عُنُقَهُ، وَلَا أسْتَتِيبُهُ، فَإِنْ تَابَ [قَبْلَ أنْ أقْتلَهُ] لَمْ أقْتُلْهُ، وَخَلَّيْتُهُ.

قال أبو عمر: رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي اللَّهُ عنهُ ـ أنَّهُ قَالَ: المُرْتَدُّ يُسْتَتابُ، فَإِنْ تَابَ قُبِلَ مِنْهُ، ثُمَّ إِنِ ارْتَدَّ يُسْتَتَابُ، فَإِنْ تَابَ قُبِلَ مِنْهُ، ثُمَّ إِنِ ارْتَدَّ يُسْتَتابُ، فَإِنْ تَابَ قُبِلَ مِنْهُ، فَإِنِ ارْتَدَّ بَعْدَ الثَّلاثِ قُتِلَ، وَلَمْ يُسْتَتَبْ.

وَقالَتْ بِهِ طَائِفَةٌ مِنَ العُلماءِ، وَنَزعَ بَعْضُهم بِقَولِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ﴾ الآية [النساء: ١٣٧].

قال أبو عمر: رَأى مَالِكٌ وَحْدَهُ مِنْ بَيْنِ سَائِرِ الفُقَهاءِ اسْتِتابَةَ أهْلِ القَدرِ، وَسَائِرِ أهْلِ الأهْوَاءِ.

وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ مِنْ كِتابِ الجَامِعِ إنْ شَاءَ اللَّهُ (عزَّ وَجلَّ)، وَقَدْ مَضى فِي كِتابِ الفَرائِضِ مِيرَاثُ المُرْتَدِّ، وَاخْتِلافُ العُلَماءِ فِيهِ.

وَأمَّا حُكْمُ فراقِهِ لِنِسَائِهِ وَسَرارِيهِ وَإمَائِهِ، وَسَائِرِ مَالِهِ، وَحُكْمُ أولَادِهِ الصِّغارِ، وَهَلْ يَجِبُ عَلَيهِ قَضاءُ صَلاةٍ وَحَجٍّ وَزَكاةٍ إذا تَابَ فَلَيْسَ هَذا البَابُ بِمَوْضعِ ذِكْرِ ذَلِكَ.

١٩ ـ باب القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً

١٤٠٩ ـ مَالِكٌ، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أبِي صَالِحٍ السَّمَّانِ، عَنْ أبِيهِ، عَنْ أبِي هُرَيْرَةَ؛ أنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: أرَأيْتَ إنْ وَجَدْتُ مَعَ امْرَأتِي رَجُلاً، أأُمْهِلُهُ حَتَّى آتِيَ بِأرْبَعَةِ شُهَدَاءَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ».

زَعَمَ أبُو بَكْرٍ البزارُ أنَّ مَالِكاً ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ انْفَرَدَ بِهَذَا الحَدِيثِ، وَلَيْس كَما زَعَمَ؛ لأنَّهُ قَدْ رَوَاهُ سُليمانُ بْنُ بِلالٍ، والدَّرَاوَرْدِيُّ، كَما رَوَاهُ مَالِكٌ، عَنْ سهيلٍ، عَنْ أبِيهِ، عَنْ أبِي هُرَيْرَةَ، وَفِيهِ ألْفَاظٌ زَائِدَةٌ قَدْ ذَكَرْتُها فِي «التَّمْهِيدِ».

١٤٠٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٧، من كتاب الأقضية، باب ١٩ (القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً)، وقد أخرجه مسلم في اللعان، حديث ١٥، وأبو داود في الديات حديث ٤٥٣٣، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٦٠٥، وأحمد في المسند ٢/ ٤٦٥.

وَأظُنُّ البزارَ لَمَّا رَأى حَمَّادَ بْنَ سَلمةَ قَدْ أرْسَلَهُ ظَنَّ أنَّ مَالِكاً وَحْدَهُ أرْسَلَهُ، فَغلطَ فِي ظَنِّهِ.

وَفِي هَذا الحَدِيثِ مِنَ الفِقْهِ: النَّهْيُ عَنْ إقَامَةِ حَدٍّ بِغَيرِ سلْطانٍ، وَبِغَيرِ شهُودٍ، وَقَطْعُ الذَّريعَةِ إلى سَفْكِ دَم مُسْلِم بِدَعْوى يَدَّعِيها عَليهِ مَنْ يُرِيدُ أنْ يُبِيحَ دَمَهُ، وَلَا يعْلمُ ذَلِكَ إلَّا بِقَولِهِ وَاللَّهُ عزَّ وجلَّ قَدْ عَظمَ دَمَ المُسْلِمِ، وَعَظمَ الإثْمَ فِيهِ، فَلَا يَحِلُّ إلَّا بِما أبَاحَهُ اللَّهُ، وَذلِكَ إلى السُّلْطانِ دُونَ غَيْرِهِ لِيَمْتَثِلَ فِيهِ مَا أمَرَهُ اللَّهُ بِهِ فِي كِتَابِهِ عَلى لِسَانِ رَسُولِهِ ﷺ.

وَقَدْ أرْدَفَ مَالِكٌ هَذا الحَدِيثَ بِقَولِ عَلِيٍّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ فَإنَّهُ قَدْ أوضَحَ الحُكْمَ فِيهِ.

١٤١٠ ـ مالكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أنَّ رَجُلاً مِنْ أهْلِ الشَّام، يُقَالُ لَهُ ابْنُ خَيْبَرِيّ، وَجَدَ مَعَ امْرَأتِهِ رَجُلاً فَقَتَلَهُ، أوْ قَتلَهُما مَعاً، فَأشْكَلَ عَلَى مُعاوِيَةَ بْنِ أبِي سُفْيَانَ الْقَضَاءُ فِيهِ، فَكَتَبَ إلَى أبِي مُوسَى الأشْعَرِيِّ، يَسْألُ لَهُ عَليَّ بْنَ أبِي طَالِبٍ عَنْ ذَلِكَ، فَسَألَ أبُو مُوسَى، عَنْ ذلِكَ، عَلِيَّ بْنَ أبِي طَالِب، فَقَالَ لَهُ عَليٌّ: إنَّ هذَا الشَّيْءَ مَا هُوَ بِأرْضِي، عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَتُخْبِرَنِّي، فَقَالَ لَهُ أبُو مُوسَى: كَتَبَ إلَيَّ مُعَاوِيَةُ بْنُ أبِي سُفْيَانَ أنْ أسْألَكَ عَنْ ذلِكَ. فَقَالَ عَلِيٌّ: أنَا أبُو حَسَنٍ: إنْ لَمْ يَأْتِ بِأرْبَعَةِ شُهَدَاءَ، فَلْيُعْطَ بِرُمَّتِهِ(1).

رَوَاهُ ابْنُ جُرَيجٍ، وَمَعمرٌ، وَالثَّوريُّ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ مِثْلَهُ.

قال أبو عمر: مَعْنَاهُ عِنْدَهُ: «فَلْيُسلمْهُ بِرُمَّتِهِ إلى أوْلِيَاءِ القَتِيلِ يَقْتُلُونَهُ، وَقِيلَ: يُسَلِّمُ إلَيهم بِحَبْلٍ فِي عُنقِهِ لِلقِصَاصِ، إنْ لَمْ يقمْ أرْبَعَةٌ شَهدُوا عَلَيهِ بالزِّنا المُوجِبِ لِلرَّجْمِ.

وَقَدْ رُويَ عَنْ عُمَرَ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ لَا يَصِحُّ عَنْهُ، قَدْ ذَكَرْتُهُ فِي «التَّمْهِيدِ» وَأوْضَحْتُهُ.

وَعَلى قَولِ عَلِيٍّ ـ رضي الله عنه ـ جَماعَةُ فُقهاءِ الأمْصارِ وَأهْل الرَّأيِ والآثارِ، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً.

١٤١٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٨، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٣١.

(1) إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته: أي يسلم إلى أولياء المقتول، يقتلونه قصاصاً، والرمّة، قطعة من حبل، لأنهم كانوا يقودون القاتل بحبل، ولذا قيل: القَوَد.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ عَنْ مَعْمرٍ، عَنْ الزُّهريِّ، قَالَ: سَأَلَ رَجُلٌ النبيَّ ﷺ، فَقالَ رَجُلٌ يَجِدُ مَعَ امْرَأتِهِ رَجُلاً، أيَقْتُلُهُ؟ فَقالَ النَّبيُّ ﷺ: «لَا، إلَّا بِالبيِّنَةِ».

ذَكرَ أبُو بَكْرِ بْنُ أبي شَيْبَةَ، قالَ: حَدَّثني عبدةُ بْنُ عَاصِمٍ، عَنِ الحَسنِ، قالَ: «الحُدُودُ إلى السُّلْطانِ».

وذُكِرَ عَنِ ابْنِ مُحيريزٍ، وَعَطاءِ الخراسانيِّ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ مِثْلُهُ، وَهُوَ مَا لَا خَلَافَ فِيهِ.

وَأمَّا خَبَرُ الشَّعبيِّ فِي الَّذِي أشْرَفَ عَلى زَوْجَةِ أخِيهِ، وَهُوَ غَائِبٌ، وَمَعَها عَلى فِرَاشِها رَجُلٌ يَتَغَنَّى:

وأشعث غرَّهُ الإسلام منا ... خلوتُ بعرسه ليل التمام
يبيت على حسائها ويمسي على ... وهماء لاحقة الحزام
كأن مواضع الربلات منها ... نعام قد جمعن إلى نعام

هَكَذا ذَكَرَهُ وَكِيعٌ، عَنْ أبي عَاصِمٍ، عَنِ الشَّعبيِّ، وَذكرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ ابْنِ جُريجٍ، فَذكَر فِيهِ: لَهَوتُ بِعرسِهِ.

وَقالَ فِي البَيْتِ الثَّاني:

أبيتُ على تَرائِبِها، وَيطْوي ... عَلى حَمْراءَ مَائِلَةِ الحزامِ
كَأنَّ مَجامعَ الرَبلاتِ مِنْها ... قِيامٌ يرجعُونَ إلى قِيامِ

وَهَذان الخَبرانِ مُنْقَطِعَانِ، وَلَيسَ في شَيْءٍ مِنْهُما شَهادةٌ قَاطِعَةٌ بِمَعاينة قَتلٍ، وَلَا إقْرار بِهِ، وَلَا حُجَّةَ فِيهِ إلَّا فِي إيجَابِ العُقُوبَةِ المُوجِعَةِ عَلى مَنْ أقَرَّ بِمثْلِ ذَلِكَ، وَجحدَ الجماعَ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ لا شَرِيكَ لَهُ.

٢٠ ـ باب القضاء في المنبوذ

١٤١١ ـ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سُنَيْنٍ أبِي جَمِيلَةَ، رَجُلٌ مِنْ بني سُلَيْم؛ أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُوذاً فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ. قَالَ: فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ. فَقَالَ: مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هذِهِ النَّسَمَةِ؟ فَقَالَ: وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا، فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَكَذلِكَ؟ قَالَ: نَعمْ. فقَالَ عُمرُ بْنُ الْخَطَّابِ: اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلاَؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ.

١٤١١ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٩، من كتاب الأقضية، باب ٢٠ (القضاء في المنبوذ)، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٢٠١، ٢٠٢.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ: الأمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمَنْبُوذِ، أَنَّهُ حُرٌّ، وَأَنَّ وَلَاءَهُ لِلْمُسْلِمِينَ، هُمْ يَرِثُونَهُ وَيَعْقِلُونَ عَنْهُ.

قال أبو عمر: إِنَّما أنكَرَ [عُمَرُ] عَلى سُنَيْنٍ أبي جَمِيلَةَ أخْذَ المنْبُوذِ؛ لأنَّهُ ظَنَّ، وَاللَّهُ أعْلَمُ، أنَّهُ يُرِيدُ أنْ يفْرِضَ لَهُ.

وَكانَ عُمَرُ يفْرِضُ لِلْمَنْبُوذِ، فَظنَّ أنَّهُ أخَذَهُ لِيلِي أمْرَهُ وَيَأْخُذ مَا يفْرِضُ لَهُ، فَيصْلحُ فِيهِ مَا شَاءَ، فَلمَّا قَالَ لَهُ عَرِيفُهُ: إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ ترَكَ ظَنَّهُ، وَأخْبَرَهُ بِالحُكْمِ عِنْدَهُ فِيهِ بِأَنَّهُ حُرٌّ وَلا وَلاء لأحَدٍ عَلَيهِ؛ لأنَّ الأحْرَارَ لَا وَلَاءَ عَلَيهم.

وَقَوْلُهُ: وَعَلَيْنا نَفقَتُهُ، يَعْني أنَّ رَضاعَهُ، وَنَفَقَتَهُ فِي بَيْتِ المَالِ، وَإِنَّما جعله حُرّاً، واللَّهُ أعْلَمُ، لأن لَا يَقُولُ أحَدٌ فِي عَبْدٍ لَهُ يُولَدُ عِنْدَهُ، فَيطْرحُهُ [ثُمَّ يَأْخُذهُ] ويَقُولُ: وَجَدْتُهُ مَنْبُوذاً لِيفْرِضَ لَهُ، [مَا اخْتلفَ الفُقهاءُ].

وَاخْتَلَفَ الفُقهاءُ فِي المَنْبُوذِ تشْهدُ البَيِّنَةُ أنَّهُ عَبْدٌ:

فَقالَتْ طَائِفَةٌ مِنْ أهْلِ المَدِينَةِ: لَا يقْبَلُ قولُها فِي ذَلِكَ، وَإِلى هَذَا ذَهَبَ أشْهَبُ لِقَولِ عُمَرَ: «هُوَ حُرٌّ»، وَمَنْ قَضى بِحَدِيثِهِ لَمْ يقبَلِ البَيِّنَةَ فِي أنَّهُ عَبْدٌ.

وَقالَ ابْنُ القَاسِم: تُقْبَلُ البَيِّنَةُ فِي ذَلِكَ، وَهُوَ قَولُ الشَّافعِيِّ، والكُوفِيِّينَ، وَاخْتَلَفُوا فِي إِقْرارِهِ إذَا بلَغَ، فَأقَرَّ بِأنَّهُ عَبْدٌ.

وَقالَ مَالِكٌ: لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ؛ أنَّهُ عَبْدٌ؛ لأنَّهُ لَيسَ لَهُ أنْ يرقَّ نَفْسَهُ.

وَلَمْ يَخْتَلِفْ فِي ذَلِكَ أصْحابُ مَالِكٍ.

وَقالَ أبو حَنِيفَةَ، والشَّافعِيُّ، وَأصْحابُهم: يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِأنَّهُ عَبْدٌ إذا كَانَ بَالغاً.

قَالُوا: وَإِقْرَارُهُ بِالرِّقِّ أقْوى مِنْ شَهادَةِ الشُّهُودِ.

قَالُوا: وَمَا يُقْبَلُ فِيهِ البَيِّنَةُ يُقْبَلُ فِيهِ إِقْرَارُهُ.

وَاخْتَلَفُوا فِي اللَّقيطِ فِي قَرْيَةٍ فِيها يَهُودٌ، وَنَصارى، وَمُسْلِمُونَ:

وَقالَ ابْنُ القاسم: يُجْعَلُ عَلى دِينِ أكْثَرِهِمْ عَدَداً، وَإِنْ وُجِدَ عَليهِ زِيُّ اليَهُودِ، فَهُوَ يَهُودِيٌّ، وَإِنْ وُجِدَ عَليهِ زِيُّ النَّصارى، فَهُوَ نَصْرَانِيٌّ، وَإِلَّا فَهُوَ مُسْلِمٌ، إِلَّا أنْ يَكُونَ أكْثَرُ أهْلِ القَرِيَةِ عَلى غَيرِ الإِسْلَامِ.

وَقالَ أشْهَبُ: هُوَ مُسْلِمٌ أبداً؛ لأنِّي أجْعَلُهُ مُسْلِماً عَلى كُلِّ حَالٍ، كَما أجْعَلُهُ حُرّاً عَلى كُلِّ حَالٍ.

وَاخْتَلَفُوا فِي قَبُولِ دَعْوى مَنِ ادَّعَاهُ ابْناً لَهُ:

فَقالَ أشْهَبُ: تُقْبَلُ دَعْواهُ [إلَّا أنْ يبينَ كَذِبُهُ.

وَقالَ ابْنُ القاسمِ: لَا تُقْبَلُ دَعْواهُ] إلَّا أنْ يَبينَ صِدْقُهُ.

وَأمَّا اخْتِلافُ أهْلِ العِلْمِ فِي وَلاءِ اللَّقِيطِ:

فَذهَبَ مَالِكٌ، وَالشَّافعيُّ، وَجَماعَةٌ مِنْ أهْلِ الحِجَازِ أنَّ اللَّقِيطَ حُرٌّ، لَا وَلَاءَ لأحَدٍ عَلَيهِ.

وَتَأوَّلُوا فِي قَولِ عُمَرَ: «لَكَ وَلَاؤُهُ» أيْ لَكَ أنْ تَلِيَهُ، وَتقْبضَ عَطاءَهُ، وَتكُونَ أولى النَّاسِ بِأمْرِهِ حَتَّى يَبْلُغَ رُشْدَهُ، وَيحسنَ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ، فَإنْ مَاتَ كَانَ مِيرَاثُهُ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ، وَعَقلُهُ عَليهم.

وَاحْتَجَّ الشَّافعيُّ بِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «إنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ»[1]، قَالَ: جَمعَ بَيْنَهُما الوَلَاءُ عَنْ غَيرِ المعْتقِ.

وَاتَّفَقَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأصْحَابُهما عَلى أنَّ اللَّقِيطَ لَا يُوالِي أحَداً وَلَا يَرثُهُ أحَدٌ بِالوَلَاءِ.

وَهُوَ قَولُ الحَسَنِ البَصْرِيِّ.

ذَكَرَ أبُو بكرِ بْنُ أبي شَيْبَةَ، قَالَ حدَّثني عَبْدُ الأعْلى، عَنْ هِشامٍ، عَنِ الحَسَنِ، قالَ: جريرتُهُ فِي بَيْتِ المَالِ، وَعَقلُهُ لَهُمْ، وَمِيرَاثهُ عَلَيهم.

وَقالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحابُهُ، وَأكْثَرُ الكُوفِيِّينَ: اللَّقِيطُ يُوالِي مَنْ شَاءَ، فَمَنْ وَالَاهُ، فَهُوَ يرثُهُ، وَيَعْقلُ عَنْهُ.

وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَهُ أنْ يَنْتَقِلَ [بِوَلَائِهِ حِيْثُ شَاءَ مَا لَمْ يَعْقلْ عَنْهُ الَّذِي وَالَاهُ، فَإنْ عقلَ عَنْهُ جِنَايَةً لَمْ يَكُنْ لَهُ أنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلَائِهِ] أبداً[2].

---

(١) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في الصلاة باب ٧٠، والشروط باب ٣، ١٠، ١٣، ١٧، والأطعمة باب ٣١، والفرائض باب ١٩، ٢٠، ٢٢، ٢٣، والطلاق باب ١٤، والكفارات باب ٨، والنكاح باب ١٨، والزكاة باب ٦١، والمكاتب باب ٥، والبيوع باب ٦٧، ٧٣، ومسلم في العتق حديث ٥، ٦، ٨، ١٠، ١٢، ١٤، ١٥، وأبو داود في الفرائض باب ١٢، والعتاق باب ٢، والترمذي في الفرائض باب ٢٠، والوصايا باب ٧، والولاء باب ١، والنسائي في الزكاة باب ٩٩، والطلاق باب ٢٩، ٣٠، ٣١، والبيوع باب ٧٥، ٧٦، ٧٨، وابن ماجه في الطلاق باب ٢٩، والعتق باب ٣، والدارمي في الطلاق باب ١٥، والفرائض باب ٥١، ٥٣، ومالك في الطلاق حديث ٢٥، والعتق حديث ١٧، ١٨، ١٩، وأحمد في المسند ١/ ٢٨١، ٣٢١، ٢/ ٢٨، ١٠٠، ١١٣، ١٤٤، ١٥٣، ١٥٦، ٦/ ٣٣، ٤٢، ٤٦، ٨٢، ١٠٣، ١٢١، ١٣٥، ١٦١، ١٧٢، ١٧٥، ١٧٨، ١٨٠، ١٨٦، ١٩٠، ٢١٣، ٢٧٢.

(٢) المصنف ١١/ ٤٠٦.

قال أبو عمر: ذَكرَ أبُو بَكْرِ بْنُ أبي شَيْبَةَ، قالَ: حَدَّثني حَاتِمُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحمدٍ، عَنْ أبيهِ، قَالَ: قَالَ عَلِيٌّ ـ رضي الله عنه ـ: المَنْبُوذ حُرٌّ، فَإِنْ أَحبَّ أنْ يُوَالِي الَّذِي الْتَقَطَهُ وَالاَهُ، وَإِنْ أحبَّ أنْ يُوَالِيَ غَيْرَهُ وَالاَهُ.

وَذَكَرَ أبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني عُمَرُ بْنُ هارُونَ، عَنِ ابْنِ جُريجٍ، عَنْ عَطَاءٍ، قَالَ: السَّاقِطُ يُوالِي مَنْ شَاءَ.

وَهُوَ قَولُ ابْنِ شِهابٍ، وَطَائِفَةٍ مِنْ أَهْلِ المَدِينَةِ.

وَقالَ: حَدَّثَني حَمَّادُ بْنُ خَالِدٍ عَنِ ابْنِ أبي ذِئْبٍ، عَنِ الزُهريِّ أنَّ عُمرَ بْنَ الخَطَّابِ ـ رضي الله عنه ـ أعْطى مِيرَاثَ المَنْبُوذِ لِلَّذِي كَفَلَهُ.

قَالَ أبُو بَكْرٍ: وحدَّثني عَبْدُ السَّلامِ بْنُ حَربٍ، عَنْ مُغِيرَةَ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ قَالَ: مِيرَاثُ اللَّقيطِ بِمَنْزِلَةِ اللُّقطَةِ.

قَالَ: وَأَخْبَرَنِي عَبْدُ الأعْلى، عَنْ معمرٍ، عَنْ الزُّهريِّ، قالَ: إِذَا والى رَجُلٌ رَجُلاً، فَلَهُ مِيرَاثُهُ، وَعَلَيهِ عَقلُهُ.

قال أبو عمر: قَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ وَاثِلَةَ بْنِ الأسْقَع أنَّهُ قَالَ: «تَرِثُ المَرْأةُ عَتِيقَها، وَلَقِيطَها وَابْنَها الَّذِي لاَعَنَتْ عَلَيهِ»[١].

وَهُو حَدِيثٌ لَيسَ بِالقَوِيِّ، انْفَرَدَ بِهِ عُمَرُ بْنُ رُوْبَةَ، وَهُوَ شَامِيٌّ ضَعِيفٌ.

وَقَدْ رَوَى سُفْيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ حَدِيثَ مَالِكٍ هَذا المذْكُور فِي هَذا البَابِ، عَنِ الزُهريِّ، عَنْ سنينٍ أبي جَميلَةَ بِألْفاظٍ أتَمَّ مِنْ ألْفَاظِ حَدِيثِ مَالِكٍ.

حدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيانَ، قَالَ: حَدَّثَني قَاسِمُ بْنُ أصبغ، قالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ [وضاح، قالَ: حَدَّثَني مُحمدُ بْنُ] عَبْدِ السَّلام، قالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ عُمَرَ، قالَ: حَدَّثَني سُفْيانُ، عَنِ الزُهريِّ، قَالَ: سَمِعْتُ سنيناً أبَا جَمِيلَةَ يُحدِّثُ سَعِيدَ بْنَ المُسَيَّبِ، قالَ: وَجَدْتُ مَنْبُوذاً على عَهْدِ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ ـ رضي الله عنه ـ فَذكرَهُ عَرِيفي لعمر، فَأرْسَلَ إليَّ، فَجِئْتُ، وَالعَرِيفُ عِنْدَهُ، فلمَّا رآني مُقْبِلاً، قالَ: «عَسى الغُويرُ أبْؤُساً» كَأنَّهُ اتَّهمَهُ، فقالَ لَهُ عَرِيفي: يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ! إنَّهُ غيرُ مُتَّهم بِهِ، فَقالَ عُمَرُ: عَلامَ أخَذْتَ هَذِهِ التَّسْمِيَةَ؟ قُلْتُ: وَجَدْتُ نَفساً بمضيعةٍ، فَأحْبَبْتُ أنْ يَأْجُرَنِي اللَّهُ عَلَيها، فَقَالَ عُمَرُ: هُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلاَؤُهُ، وَعَلَينا رَضَاعُهُ.

---

(١) أخرجه أبو داود في الفرائض باب ٩، والترمذي في الفرائض باب ٢٣، وابن ماجه في الفرائض باب ١٢، وأحمد في المسند ٣/ ٤٩٠، ٤/ ١٠٧.

قال أبو عمر: ذَكَرَ أبو [عُبيدٍ] القاسمُ بْنُ سلام هَذا الخَبر في كِتابِ «غَرِيبِ الحَدِيثِ»؛ لِقَولِ عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ فيه: «عسى الغُويرُ أَبُؤْساً»، وَذَكَر أنَّهُ مَثَلٌ تتمثلُ بِهِ العَرَبُ، إذا خَافَتْ شَرّاً، أو تَوَقَّعَتْهُ، وَظَنَّتْهُ؛ هَذا مَعْنى كَلامِهِ.

وَذَكَرَ فِي أَصْلِ المَثَلِ عَنِ الأَصْمَعِيِّ، وَعَنِ [ابْنِ] الكَلْبيِّ خَبَرَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ: (أحدهما): عَنِ ابْنِ الكَلْبيِّ: أنَّ أوَّلَ مَنْ تَكَلَّمَ بِهذا المَثَلِ الزبَّاء إذْ بعثت قَصيرا اللَّخْميَّ، وَكانَ يَطْلُبُها بِدَم جذيمةَ الأبْرشِ، فَكادَها، وَخبأ لها الرِّجالَ فِي صَنَادِيقَ، أو غَرَائِرَ، فَلمَّا أحَسَّتْ بِذَلِكَ، قَالَتْ: «عسى الغُوَيْرُ أبْؤُساً».

قالَ: وَالغُوَيْرُ: مَاءٌ لِكَلْبِ [مَوْضِعٌ] مَعْروفٌ فِي جِهَةِ السَّمَاوَةِ.

وَذكرَ عَنِ الأَصْمَعِيِّ أنَّهُ غَارٌ أُصِيبَ فِيهِ قَومٌ قَدِ انْهارَ عَلَيهم وَقُتِلُوا فِيهِ.

وَالغُوَيْرُ تَصْغِيرُ غَارٍ، والأبْؤُسُ جَمْعُ البَأْسِ، فَصارَ هَذا الكَلامُ مَثَلاً لِكُلِّ شَيْءٍ يخافُ بِأَنْ يَأْتِيَ مِنْهُ شَرٌّ.

قَالَ أَبُو عُبيدٍ: وَقَولُ ابْنِ الكَلْبيِّ عِنْدِي أَشْبَهُ بِالصَّوَابِ.

قال أبو عمر: تَلْخِيصُ مَا نزعَ بِهِ عُمَرُ ـ رضي الله عنه ـ فِي قَولِهِ: «عسى الغُوَيْرُ»، أنَّهُ لَمَّا رَأى أبَا جميلَةَ مُقْبِلاً بِالمَوْلُودِ المَنبُوذِ قالَ ذَلِكَ المَثَلَ السَّائِرَ، يُرِيدُ ألاَّ يَأْتِيَ مُلْتَقِطُ المنبُوذِ بِخَيرٍ؛ خَوفاً مِنْهُ مَعْنى مَا تَقَدَّمَ ذِكْرِي لَهُ حتَّى أخْبَرَهُ عَرِيفُهُ أنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ، لاَ يَأْتِي إلاَّ بِالحَقِّ، فَقَضى فِيهِ بِما قَضى.

وَقَدْ أوْرَدْنَا فِي ذَلِكَ مَا جَاءَ فِيهِ عَنِ العُلماءِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

٢١ ـ باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه

١٤١٢ ـ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ؛ أَنَّهَا قَالَتْ: كانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ، عَهِدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ مِنِّي. فَاقْبِضْهُ إِلَيْكَ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عَامُ الفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدٌ، وَقَالَ: ابْنُ أَخِي، قَدْ كانَ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ.

فَقَامَ إِلَيْهِ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فَقَالَ: أَخِي، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي، وَلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ،

١٤١٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٠، من كتاب الأقضية، باب ٢١ (القضاء بإلحاق الولد بأبيه)، وقد أخرجه البخاري في البيوع باب ٣ (تفسير المشبهات) حديث ٢٠٥٣، ومسلم في الرضاع، باب ١٠ (الولد للفراش وتوقي الشبهات) حديث ٣٦، وأبو داود في الطلاق حديث ٢٢٧٣، والنسائي في الطلاق حديث ٣٤٨٢، ٣٤٨٥، وابن ماجه في النكاح حديث ٢٠٠٤، والدارمي في النكاح حديث ٢٢٣٧، وأحمد في المسند ٦/ ٣٧، ١٢٩، ٢٣٧.

فَتَسَاوَقَا[١] إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي، قَدْ كَانَ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي. وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ. وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ «احْتَجِبي مِنْهُ» لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، قَالَتْ: فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ.

قال أبو عمر: [لَمْ يُخْتَلَفْ عَلى مَالِكٍ]، وَلاَ عَلى ابْنِ شِهَابٍ فِي هَذَا الحَدِيثِ، إِلاَّ أَنَّ بَعْضَ أَصْحابِ ابْنِ شِهَابٍ يَرْوِيهِ مُخْتَصراً، لاَ يذْكُرُ فِيهِ إِلاَّ قولَهُ عَلَيهِ السَّلامُ: «الوَلَدُ لِلْفِراشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ» بِهَذا الإِسْنَادِ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ.

وَعِنْدَ ابْنِ شِهَابٍ أيضاً، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، [وَأبي سَلمةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ]، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النبيِّ ﷺ، قَولُهُ: «الوَلَدُ لِلْفِراشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ» دُونَ قِصَّةِ عَبْدِ بْنِ زَمْعةَ، وَسَعْدٍ.

وَكَذَلِكَ رَواهُ مُحمدُ بْنُ زِيادٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النبيِّ ﷺ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ أيضاً مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ العَاصِ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ.

[وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ كُلَّهُ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَهُوَ أَثْبَتُ مَا يُرْوى عَنِ النَّبيِّ ﷺ] مِنْ أَخْبَارِ الآحَادِ العُدُولِ وَأَصَحُّها، قَولُهُ ﷺ: «الوَلَدُ لِلْفِراشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ»، وَهُوَ مَا تَلَقَّتْهُ الأمَّةُ بِالقَبُولِ، وَلَمْ يَخْتَلِفُوا إِلَّا فِي شَيْءٍ مِنْ مَعْناهُ، نَذْكُرُهُ فِي آخِرِ هَذا البَابِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ.

وَأَمَّا قِصَّةُ عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ، وَسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، فَقَدْ أَشْكلَ مَعْناهَا عَلى أَكْثَرِ الفُقهاءِ، وَتَأَوَّلُوا فِيها تَأويلاتٍ، فَخرجَ جُوابها عَنِ الأُصُولِ المُجْتَمع عَلَيها.

فَمِنْ ذَلِكَ أن الأمَّةَ مُجْتَمِعَةٌ عَلى أَنَّ أَحَداً لَا يدَّعي عَنْ أَحَدٍ دَعْوى إِلَّا بِتَوْكِيلٍ مِنَ المُدَّعِي، وَلَمْ يُذْكَرْ فِي هَذا الحَدِيثِ تَوكِيلُ عُتْبَةَ لأخِيهِ سَعْدٍ عَلى مَا ادَّعاهُ عَنْهُ، [بِأَكْثَرَ مِنْ دَعْوى سَعْدٍ لِذَلِكَ، وَهُوَ غَيرُ مَقْبُولٍ عِنْدَ الجَمِيعِ.

وَأَمَّا دَعْوى عُتْبَةَ] لِلْوَلَدَ مِنَ الزِنا، فَإِنَّما ذَكَرَهُ سَعْدٌ؛ لأَنَّهُ كانَ فِي عِلْمِهِم فِي الجَاهِلِيَّةِ، وَحُكْمِهم دَعْوى الوَلَدِ مِنَ الزِّنا، فَتكَلَّمَ سَعْدٌ بِذَلِكَ؛ لأَنَّهُم كَانُوا عَلى جَاهِلِيَّتِهِمْ حتَّى يُؤْمَرُوا، أو يُنهوا، وَيَبِينُ لَهُم حُكْمُ اللَّهِ فِيما تَنَازعُوا فِيهِ، وَفِيما يُرادُ مِنْهُ التَعبُّدُ بِهِ، فَكانَتْ دَعْوى سَعْدٍ سَبَبَ البَيانِ مِنَ اللَّهِ عزَّ وجلَّ ـ عَلى لِسانِ رَسُولِهِ

---

(١) تساوقا: أي تدافعا بعد تخاصمهما وتنازعهما في الولد، أي ساق كل واحد منهما صاحبه فيما ادعاه.

ﷺ فِي أنَّ العَاهِرَ لَا يلْحقُ بِهِ فِي الإِسْلامِ وَلَد يَدَّعيهُ مِنَ الزِّنا، وَأنَّ الوَلَدَ لِلْفِراشِ عَلى كُلِّ حَالٍ.

وَالفِرَاشُ النِّكاحُ، أو مِلْكُ اليَمِينِ، لَا غيرَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِرَاشٌ، وَادَّعى أَحَدٌ وَلداً مِنْ زِنا، فَقَدْ كَانَ عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ ـ رضي الله عنه ـ يليطُ أوْلادَ الجَاهِلِيَّةِ بمن اسْتلاطَهم، وَيلْحقُهم بِمَنِ اسْتَلْحقَهُم إذا لَمْ يَكُنْ هُناكَ فِراشٌ؛ لأنَّ أكْثَرَ أهْلِ الجَاهِلِيَّةِ كَانُوا كَذَلِكَ.

وَأمَّا اليَوم فِي الإِسْلامِ بَعْدَ أنْ أحْكَمَ اللَّهُ شَريعَتَهُ، وَأكْمَلَ دِينَهُ، فَلا يلْحقُ وَلَدٌ مِنْ زِنا بِمُدَّعيهِ أبداً عِنْدَ أحَدٍ مِنَ العُلماءِ كَانَ هُناكَ فِرَاشٌ، أو لَمْ يَكُنْ.

حدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ، قَالَ: حدَّثني قَاسِمٌ، قَالَ: حدَّثنا الخشنيُّ، قالَ: حدَّثنا مُحمدُ بْنُ بشارٍ، قالَ: حدَّثنا يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ، قالَ: حدثَّنا حُسينٌ المُعلمُ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، قَالَ: لَمَّا فُتِحَتْ مَكَّةُ [عَلى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ] رَسُولِ اللَّهِ ﷺ] قَامَ رَجُلٌ فَقالَ: إنَّ فُلاناً ابْنِي، فَقالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا دعْوةَ فِي الإِسْلامِ، ذَهَبَ أمْرُ الجَاهِلِيَّةِ، الوَلَدُ لِلْفِراشِ، وَلِلْعَاهِرِ الأثْلبُ» قَالُوا: وَمَا الأثْلبُ؟ قَالَ: «الحَجَرُ»(١).

قال أبو عمر: أجْمَعَ العُلماءُ ـ لاَ خِلافَ بَيْنَهُم فِيمَا عَلِمْتُهُ ـ أنَّهُ لاَ يلْحقُ بِأحدٍ وَلَدٌ يسْتلْحقُهُ إلاَّ مِنْ نِكاحٍ أو مِلْكِ يَمِينٍ، [فإذا كَانَ نِكاحٌ، أو مِلْكٌ] فَالوَلَدُ لاَحِقٌ بِصَاحِبِ الفِرَاشِ عَلى كُلِّ حَالٍ.

وَالفِرَاشُ فِي الحُرَّةِ عَقْدُ النِّكاحِ عَلَيها مَعَ إمْكانِ الوَطْءِ عِنْدَ الأكْثَرِ.

وَالفِرَاشُ فِي الأمَةِ عِنْدَ الحِجَازِيِّينَ إقْرَارُ سَيِّدِها بِأنَّهُ كَانَ يلمُّ بِها، وَعِنْدَ الكُوفِيِّينَ إقْرَارُهُ بالوَلَدِ، وَسَنُبَيِّنُ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ ـ إنْ شَاءَ اللَّهُ ـ عزَّ وجلَّ، فَلا يُنْتَفى وَلَدُ الحُرَّةِ إذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أشْهُرٍ مِنْ يوم عَقْدِ النِّكاحِ إلَّا بِلِعَانٍ، وَحُكْمُ اللِّعانِ فِي ذَلِكَ مَا قَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

وَهَذِهِ الجُمْلَةُ كُلُّها مِنْ حُكْمِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ مِمَّا نَقَلَتْهُ الكَافَّةُ، وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِيهِ إلَّا فِيمَا وَصَفْتُ.

وَمِنْ ذَلِكَ أيضاً مِمَّا هُوَ خِلافَ الأصُولِ المُجْتَمع عَلَيها، ادِّعاءُ عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ عَلى أبِيهِ وَلَداً بِقَولِهِ: «أخِي، وَابْنُ وَلِيدَةِ أبي، وُلِدَ عَلى فِرَاشِهِ»، وَلَمْ يَأْتِ بِبَيِّنَةٍ، تَشْهدُ عَلى أبِيهِ بِإقْرارِهِ بِذَلِكَ، وَفِي الأصُولِ المُجْتَمعِ عَلَيها أنَّهُ لَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُ عَلى

(١) أخرجه بهذا اللفظ أحمد في المسند ٢/ ١٧٩، ٢٠٧.

أبيهِ، وَلَا دَعْوى أحَدٍ عَلى غَيرِهِ، قَالَ اللَّهُ (عَزَّ وجلَّ): ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: ١٦٤].

وَأمَّا قَولُهُ ﷺ: «يَا عَبْدُ بْن زَمْعَةَ» فَقَدِ اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي مَعْنَاهُ عَلى مَا نُورِدُهُ بِعَونِ اللَّهِ تعالى:

فَقالَتْ طَائِفَةٌ مِنْهُم: إنَّما قَالَ لَهُ: «هُوَ لَكَ»، أيْ هُوَ أخُوكَ، كَما ادَّعَيْتَ، قضى فِي ذَلِكَ بِعِلْمِهِ؛ لأنَّ زَمْعَةَ بْنَ قَيْسٍ كَانَ صِهْرَهُ، وَسَوْدةُ بِنْتُ زَمْعَةَ كَانَتْ زَوْجَتهُ ﷺ، فَيُمْكِنُ أنْ يَكُونَ عَلِمَ أنَّ تِلْكَ الأمَةَ كَانَ يَمسُّها زَمْعَةُ سَيِّدُها، فَصَارَتْ فِرَاشاً لَهُ بِذَلِكَ، فألْحَقَ وَلَدَها بِهِ؛ لِمَا قَدْ عَلِمَهُ مِنْ فِرَاشِ زَمْعَةَ، إلَّا أنَّهُ قَضى بِهِ؛ لاسْتِلْحاقِ عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ لَهُ.

وَقَدْ مَضى مَا لِلْعُلماءِ فِي قَضَاءِ القَاضِي بِعِلْمِهِ فِي صَدْرِ هَذا الكِتَابِ.

وَمَنْ قَالَ بِهذا لَمْ يَجزْ عِنْدَهُ أنْ يَسْتَلحقَ [الأخ] بِحالٍ مِنَ الأحْوَالِ.

[وَكَانَ مَالِكٌ يَقُولُ: لَا يسْتلحقُ أَحَدٌ غيرَ الأبِ، وَلَا يَقْضِي القَاضِي بِعِلْمِهِ.

وَالكُوفِيُّونَ يَقُولُونَ: يَقْضِي القَاضِي بِعِلْمِهِ عَلى اخْتِلَافِهم فِيما عَلِمَهُ قَبْلَ وِلايَةِ القَضاءِ، وَبَعْدَ ذَلِكَ.

وَكُلُّهم يَقُولُ: لَا يسْتلحقُ الأخ بِحالٍ].

وَهُوَ أحَدُ قَولَي الشَّافِعِيِّ، وَإليهِ ذَهَبَ المزنيُّ، والبُويطيُّ، وَهُوَ قَولُ جُمْهُورِ الفُقهاءِ، أنَّ الأخَ لَا يسْتلحقُ وَحْدَهُ كَانَ أو مَعَ أخٍ يُخالِفُهُ.

وَلِلشَّافعيِّ قولٌ آخَرُ: أنَّهُ يُقْبلُ إقْرارُ الوَارِثُ عَلى المَوْرُوثِ بِالنَّسَبِ، كَما يُقْبَلُ إقْرَارُهُ عَلَيهِ بِالدَّينِ إذا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ غيرَ المُقرِّ، وَهُوَ قَولُ إبْرَاهِيمَ النخعيِّ.

وَرَوى الرَّبيعُ عَنْهُ فِي كِتَابِ البُوَيْطيِّ، قالَ: لَا يَجُوزُ إقْرارُ الأخِ بِأخِيهِ إذا كَانَ ثَمَّ مَنْ يدْفعُهُ مِنَ الوَرَثَةِ، وَلَا يلْحقُ نَسبهُ، وَإنْ لَمْ يَكن ثَمَّ مَنْ يَدْفعُهُ لَحقَ نَسبهُ، وَاحْتجَّ بِحَدِيثِ عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ.

قَالَ الرَّبيعُ: قَالَ أبو يَعْقُوبَ البويطيُّ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ عِنْدِي، كَانَ مَنْ يَدْفَعُهُ ثَمَّ أو لَمْ يَكُنْ؛ لأنَّهُ إنَّما يَجوزُ إقْرَارُ الإنْسانِ عَلى نَفْسِهِ، وَهَذا يقرُّ عَلى غَيْرِهِ، وَإنَّما ألْحَقَ النبيُّ ـ عليهِ السلام ـ [ابْنَ] وَلِيدَةِ زَمْعة بِأَبِيهِ؛ لَمَعْرفَتِهِ بِفِرَاشِهِ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

قال أبو عمر: المَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ أنَّ الأخ لاَ يسْتلحقُ وَلاَ يثْبتُ بِقَولِهِ نَسَبٌ، وَلاَ يلْزمُ المُقرّ بِأخٍ أنْ يُعْطيَهُ شَيْئاً مِنَ المِيرَاثِ مِنَ جِهَةِ القَضَاءِ؛ لأنَّهُ أقرَّ لَهُ بِما لَمْ يثْبُتْ لَهُ أصْلُهُ.

وَسَنَذْكُرُ أَصْلَ هَذِهِ المَسْأَلَةِ فِي البَابِ بَعْدَ هَذا ـ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ.

وَقَدْ قَالَ الشَّافعيُّ فِي غيرِ مَوْضِعٍ مِنْ كِتَابِهِ: لَو قُبِلَ اسْتِلْحاقُ غيرِ الأبِ كَانَ فِيهِ حُقُوقٌ عَلى الأبِ بِغَيرِ إِقْرارِهِ، وَلا ببيِّنَةٍ تَشهدُ عَلَيهِ.

وَقالَ مُحمدُ بْنُ جريرٍ الطبريُّ: مَعْنى قَولِهِ ﷺ: «هَوَ لَكَ يا عبدُ بْن زَمْعةَ»، أي هُوَ عَبْدٌ مِلْكاً؛ لأَنَّهُ ابْنُ وَلِيدَةِ أَبيكَ، وَكُلُّ أَمَةٍ تَلِدُ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِها، فَوَلَدُها عَبْدٌ، يُرِيدُ أَنَّهُ لما [لم] ينْقلُ فِي الحَدِيثِ اعْتِرَافُ سَيِّدِها بِوَطْئِها، وَلَا شَهدَ بِذَلِكَ عَلَيهِ، وَكانَتِ الأَصُولُ تَدْفعُ قُبولَ ابْنِهِ عَليهِ؛ لَمْ يَبْقَ إِلَّا القَضاءُ بِأَنَّهُ عَبْدٌ تبعٌ لأمِّهِ، وَأَمَرَ سَوْدَةَ بِالاحْتِجابِ مِنْهُ؛ لأنَّها لَمْ تَمْلكْ مِنْهُ إِلَّا شقْصاً.

وَهَذا أيضاً مِنَ الطَّبريِّ خِلافُ ظَاهِرِ الحَدِيثِ؛ لأنَّ فِيهِ أخِي وَابْنَ وَلِيدَةِ أبي، وُلِدَ عَلى فِراشِهِ، فَلَمْ يُنْكِرْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ [ذلِكَ مِنْ قَولِهِ]، وَلَكِنَّهُ قَولٌ خَارِجٌ مُحْتملٌ عَلى الأُصُولِ.

وَقالَ الطَّحاوِيُّ: وَأَمَّا قَولُهُ: «هُوَ لَكَ [يَا عَبْدُ بْن زَمْعَةَ» فَمَعْناهُ] هُوَ لَكَ بِيَدِكَ عَلَيهِ، لَا أَنَّكَ تَمْلكُهُ، وَلَكِنْ تَمْنعُ بِيَدِكَ عَلَيهِ كُلَّ مَنْ سِوَاكَ مِنْهُ كَما قَالَ فِي اللُّقَطَةِ: هِيَ لَكَ بِيَدِكَ عَلَيها تَدْفَعُ غَيْرَكَ عَنْها حَتَّى يَجيءَ صَاحِبُها، لَيسَ عَلى أنَّها مِلْكٌ لَهُ، قَالَ: وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجعلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ابْناً لِزَمْعةَ، ثُمَّ يَأْمُرُ أُختَهُ [أَنْ] تَحْتَجِبَ مِنْهُ، هَذا مُحالٌ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُضافَ إِلى النَّبيِّ ﷺ.

قَالَ: وَلَيسَ قَولُ مَنْ قَالَ: إِنَّ ادِّعاءَ سَعْدٍ فِي هَذَا الحَدِيثِ كَلَا دَعْوى بِشَيْءٍ؛ لأَنَّ سَعْداً إِنَّما ادَّعَى شَيْئاً كَانَ مَعْرُوفاً فِي الجَاهِلِيَّةِ مِنْ لُحُوقِ وَلَدِ الزِّنا بِمَنِ ادَّعَاهُ.

قَالَ: وَقَدْ كَانَ عُمَرُ يَقْضِي بِذَلِكَ فِي الإِسْلام ـ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِرَاشٌ ـ فادَّعى سَعْدٌ وَصِيَّةَ أَخِيهِ بِما كَانَ يحْكُمُ فِي الجَاهِلِيَّةِ بِهِ، فَكَانَتْ دَعْواهُ لأخِيهِ كَدَعْوى أخيه لِنَفْسِهِ، غَيرَ أَنَّ عَبْدَ بْنَ زَمْعَةَ قَابَلَهُ بِدَعْوى تُوجِبُ عِتقاً لِلْمُدَّعي عَلى المُدَّعِ [عليه]؛ لأَنَّ مُدَّعيَهُ كَانَ يمْلكُ بَعْضَهُ حِينَ ادَّعى فِيهِ مَا ادَّعى، وَيعْتقُ عَلَيهِ مَا كانَ يَمْلكُ مِنْهُ، فَكانَ ذَلِكَ هُوَ الَّذِي أبْطلَ [دعْوَى] سَعْدٍ، وَلما كَانَ لِعَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ شَرِيكٌ فِيما ادَّعاهُ، وَهِيَ أُخْتُهُ سَوْدَةُ، وَلَمْ يعْلَمْ مِنْها فِي ذَلِكَ التَّصْدِيق لمقالته أَلْزمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَبْدَ بْنَ زَمْعةَ مَا أَقَرَّ بِهِ فِي نَفْسِهِ، وَلَمْ يَجعَلْ ذَلِكَ حُجَّةً عَلى أُخْتِهِ إِذْ لَمْ تصدِّقهُ، وَلَمْ تَجْعَلْهُ أَخَاهَا، وَأَمَرَهَا بِالحِجَابِ مِنْهُ.

قال أبو عمر: قَولُ الطَّحَاوِيِّ حَسَنٌ كُلُّهُ إلاَّ قَولَهُ؛ «فَكانَتْ دَعْوى سَعْدٍ لأخِيهِ كَدَعْوى أخِيهِ لِنَفْسِهِ»، هَذا لَيسَ بِشَيْءٍ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ فِي ذَلِكَ مَا يُصَدِّقُ دَعْواهُ عَلى أخِيهِ، وَلَمْ يُنْقَلْ فِي الحَدِيثِ مَا يَدُلُّ عَلَيهِ.

وَقالَ المزنيُّ: فَيَحْتَمِلُ تَأْوِيلُ هَذا الحَدِيثِ عِنْدِي ـ واللَّهُ أعْلَمُ ـ أَنْ يَكُونَ النبيُّ ﷺ أجابَ فِيهِ على المَسْأَلَةِ، فَأَعْلَمَهُم بِالحُكْمِ أَنَّهُ هَكَذا يَكُونُ إذا ادَّعى صَاحِبُ فِرَاشٍ وَصَاحِبُ زِنا إلَّا أَنَّهُ قبلَ على عُتْبَةَ قَولَ أَخِيهِ سَعْدٍ، وَلَا عَلى قَولِ زَمْعَةَ قَولَ ابْنِهِ عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ، أَنَّ أَبَاهُ أَوْلَدَها الوَلَدَ؛ لأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُما أخبرَ عَنْ غَيرِهِ.

[وَقَدْ أَجْمَعَ المُسْلِمُونَ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إقْرَارُ أحدٍ عَلى غيرِهِ]، وَفِي ذَلِكَ عِنْدِي دَلِيلٌ عَلى أَنَّهُ حُكْمٌ خَرجَ عَلى المَسْأَلَةِ لِيُعَرِّفَهُمْ كَيْفَ الحُكْمُ فِي مِثْلِها إذَا نَزَلَ، ولِذَلِكَ قَالَ لِسَوْدَةَ: «احْتَجِبِي مِنْهُ»؛ لأَنَّهُ حُكْمٌ عَلى المَسْأَلَةِ.

وَقَدْ حَكى اللَّهُ ـ عزَّ وجلَّ ـ في كِتَابِهِ العَزِيزِ مَثْلَ ذَلِكَ فِي قِصَّةِ دَاوُدَ: ﴿إِذْ دَخَلُوا عَلَىٰ دَاوُودَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَىٰ بَعْضُنَا عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [ص: ٢٢] وَلَمْ يَكُونَا خصْمَيْنِ، وَلاَ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً، وَلَكِنَّهُم كَلَّمُوهُ عَلى المَسْأَلَةِ؛ لِيَعْرِفَ بِها مَا أَرَادُوا، فَيحْتملُ أَنْ يَكُونَ النبيُّ ﷺ حَكمَ فِي هَذِهِ القِصَّةِ عَلى المَسْأَلَةِ، [وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ يُؤْنِسُنِي عَلى هَذَا التَّأْوِيلِ، وَكانَ عِنْدِي، فَهُوَ صَحِيحٌ]، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

قَالَ المزنيُّ: لَمْ تَصِحَّ دَعْوى سَعْدٍ عَلى أَخِيهِ، وَلَا دَعْوى عَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ عَلى أبيهِ، وَلَا أَقَرَّتْ سَوْدَةُ أَنَّهُ ابْنُ أَبِيها، فَيَكُونُ أَخَاها مَنَعَهُ مِنْ رُؤْيَتِها، وَأَمَرَها بِالاحْتِجابِ مِنْهُ، وَلَو ثَبَتَ أَنَّهُ أَخُوها مَا أَمَرَها [أَنْ تَحْتَجِبَ مِنْهُ]؛ لأَنَّهُ ﷺ بُعِثَ بِصِلَةِ الأَرْحَامِ، وَقَدْ قَالَ لِعَائِشَةَ فِي عَمِّها مِنَ الرَّضَاعَةِ: «إِنَّهُ عَمُّكِ، فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ»[1].

وَيَسْتَحِيلُ أَنْ يَأْمُرَ زَوْجَتَهُ أَنْ لَا تَحْتَجِبَ مِنْ عَمِّها مِنَ الرَّضَاعَةِ، وَيَأْمُرَ زَوْجَةً لَهُ أُخْرى أَنْ تَحْتَجِبَ مِنْ أَخِيها لأَبِيها.

قَالَ: وَيحْتملُ أَنْ تَكُونَ سَوْدَةُ جَهِلَتْ مَا عَلِمَهُ أَخُوها عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، فَسَكَتَتْ.

قَالَ المزنيُّ: فَلَمَّا لَمْ يَصِحَّ أَنَّهُ أَخٌ لِعَدَمِ البَيِّنَةِ بِذَلِكَ، أو الإقْرَارِ مِمَّنْ يَلْزَمُهُ إِقْرَارُهُ زَادَهُ بُعْداً فِي القُلُوبِ شَبَهُهُ بِعُتْبَةَ، أَمَرَها بِالاحْتِجابِ مِنْهُ، فَكانَ جَوابُهُ ﷺ عَلى السُّؤَالِ، لَا على تَحْقِيقِ زِنا عُتْبَةَ بِقَولِ أَخِيهِ، وَلَا بِالوَلَدِ، إِنَّهُ لِزَمْعَةَ بِقَولِ أَبِيهِ، بَلْ قَالَ: الوَلَدُ لِلْفَرَاشِ عَلى قَولِكَ يَا عَبْدُ بْن زَمْعَةَ، لَا عَلى مَا قَالَ سَعْدٌ ثُمَّ أَخْبَرَنا بِالَّذِي يَكُونُ إِذَا ثَبَتَ مِثْلُ هَذا.

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح باب ١١٧، ومسلم في الرضاع حديث ٧، والترمذي في الرضاع باب ٢، وأبو داود في النكاح باب ٧، والنسائي في النكاح باب ٥٢، وابن ماجه في النكاح باب ٣٨، والدارمي في النكاح باب ٤٨، ومالك في الرضاع حديث ٢، وأحمد في المسند ٦/ ١٩٤.

قال أبو عمر: قَولُ المزنيِّ هَذا أصَحُّ فِي النَّظَرِ، وَأثْبَتُ فِي حُكْم الأصُولِ مِنْ قَولِ سَائِرِ أصْحابِ الشَّافِعِيِّ القَائِلِينَ إنَّهُ يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أنْ يَمْنَعَ امْرَأتَهُ مِنْ رُؤْيَةِ أخِيها.

وَذَهَبُوا إلى أنَّهُ أخُوها عَلى كُلِّ حَالٍ؛ لأنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى بِالوَلَدِ لِلْفِراشِ، وَألْحقَ ابْنَ أمةِ زَمْعة بِفِراشِ زَمْعَةَ، قَالُوا: وَمَا حَكَمَ بِهِ، فَهُوَ الحَقُّ لاَ شَكَّ فِيهِ.

وَكَذَلِكَ قَولُهُ: «احْتَجِبي مِنْهُ» حُكْمٌ آخَرُ يَجُوزُ بِهِ أنْ يَمْنَعَ الرَّجُل زَوْجَتَهُ مِنْ رُؤْيَةِ أخِيها.

وَقَالَ الكُوفِيُّونَ: فِي قَولِهِ: «احْتَجِبي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ» دَليلٌ عَلى أنَّهُ جَعَلَ للزِّنَا حُكْماً، فَحرمَ بِهِ رُؤْيَةَ ذَلِكَ المُسْتلحقِ لأخْتِهِ سَوْدَةَ، وَقالَ لَها: احْتَجِبي مِنْهُ؛ لِمَا رَأى مِنْ شبهِهِ بِعُتْبَةَ، فَمَنَعَها مِنْ أخِيها فِي الحُكْمِ؛ لأنَّهُ لَيسَ [بِأخِيها] فِي غَيرِ الحُكْم، لأنَّهُ مِنَ زِنا فِي البَاطِنِ إذْ كَانَ شَبيهاً بِعُتْبةَ، فَجَعَلُوهُ كَأنَّهُ أجْنَبِيٌّ لاَ يَرَاها بِحُكْمِ الزِّنا، وَجعَلُوهُ أخاهَا بِالفِرَاشِ، وَزَعَمُوا أنَّ مَا حَرَّمَهُ [الحَلالُ] فَالزِّنا أشَدُّ تَحْرِيماً لَهُ.

قال أبو عمر: قَولُ مَنْ قَالَ جَعَلَهُ أخَاها فِي الحُكْم، وَلَمْ يَجْعَلْهُ أخَاهَا فِي غَيرِ الحُكْم قَولٌ فَاسِدٌ، لاَ يعْقلُ، وَتخْلِيطٌ [لاَ يَصِحُّ، وَلاَ يَعْقلُ] وَلاَ يُفْهَمُ، وَلاَ يصحُّ عِنْدَهُ أدْنى تَأمُّلٍ؛ لأنَّ المُرَاد المُبْتَغى هُوَ حُكْمُ اللَّهِ (عَزَّ وجلَّ) عَلى لِسانِ رَسُولِه ﷺ فِيما حَكَمَ بِهِ فَهُوَ الحَقُّ، وَخِلافُهُ بَاطِلٌ، وَلاَ يَجُوزُ أنْ يُضافَ إلَيهِ أنَّهُ حَكَمَ بِشَيْءٍ وَضِدِّه فِي أمْرٍ وَاحِدٍ، فَيَجْعَلُهُ أخَاها مِنْ وَجْهٍ، وَغَيرَ أخِيها مِنْ وَجْهٍ.

هَذا لَا يَعْقلُ، وَلَا تَحِلُّ إضَافَتُهُ إلى النَّبيِّ ﷺ، وَكَيْفَ يحْكُمُ لِشبهِهِ عُتْبَةَ [بِحُكْم] بَاطِلٍ، وَسُنَّتُهُ فِي المُلاعَنَةِ أنَّها جَاءَتْ بِالوَلَدِ عَلى النَّعْتِ الَّذِي رُمِيتْ بِهِ، وَلَمْ يلْتفتْ إلَى ذَلِكَ، وَأمْضى حُكْمَ اللَّهِ فِيهِ.

وَقَدْ حكى المزنيُّ، عَنِ الشَّافعيِّ أنَّ رُؤْيَةَ ابْنَ زَمْعةَ لِسَوْدَةَ مُباحٌ [فِي الحُكْمِ]، وَلَكِنَّهُ كَرِهَهُ لِلشُّبْهةِ، وَأمَرَها بالتَّنَزُّهِ عَنْهُ، اخْتياراً.

وَهَذا أيضاً وَجْهٌ مُحتملٌ، وَمَا قَدَّمْنَاهُ أصَحُّ؛ لأنَّ سَوْدَةَ لَمْ تَعْرِفْهُ، [وَلَمْ تَقُلْ إنَّهُ أخُوها]، وَلَمْ يَلْزَمْها إقْرارُ أخِيها.

وَقَدْ مَضى فِي ذَلِكَ مَا فِيهِ كِفَايَةٌ وَبيانٌ، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً.

حدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ، قالَ: حدَّثَني قَاسِمٌ، قَالَ: حدَّثني الخشنيُّ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ أبي عُمَرَ، قالَ: حدَّثنا سُفْيانُ، عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ عطاءٍ، عَنْ عَمْرو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أبيهِ، عَنْ جَدِّهِ أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: «مَنْ زَنا بِامْرَأةٍ حُرَّةٍ، أو بِأمَةِ قَوم، فَالوَلَدُ وَلَدُ زِنا، لاَ يَرِثُ، وَلاَ يُورثُ، الوَلَدُ لِلْفِراشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ».

قَال سُفْيانُ: قَالَ ابْنُ أبي نُجيحٍ: قالَ: أوَّلُ حُكمٍ بُدِّلَ فِي الإِسْلَامِ اسْتِلحاقُ مُعاوِيَةَ زِياداً.

وَروى شُعْبَةُ، عَنْ سَعْدِ بْنِ إبْرَاهِيمَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، قالَ: أوَّلُ قَضاءٍ عَلِّمْتُهُ مِنْ قَضاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ رُدَّ دَعْوَة زِيادٍ.

قال أبو عمر: يَعْنِي ـ وَاللَّهُ أعْلَمُ ـ قَولهُ: «الوَلَدُ لِلفِراشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ» وَفِي قَولِهِ ﷺ إيجابُ الرَّجْمِ عَلى الزَّانِي إذا كَانَ مُحْصَناً دُونَ البِكْرِ.

وَهَذا إجْماعٌ مِنَ المُسْلِمِينَ أنَّ البِكْرَ لا رَجْمَ عَلَيهِ فِي ذَلِكَ.

وَقَدْ قِيلَ إنَّ قَولَهُ عَليهِ السَّلامُ: «الوَلَدُ لِلفِراشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ»، أيْ أنَّ الزَّانِي لَا شَيْءَ لَهُ فِي الوَلَدِ إذَا ادَّعَاهُ عَلى حَالٍ مِنَ الأحْوَالِ، كَقَولِهِم: «بِفِيكَ الحَجَرُ»، أيْ لَا شَيْءَ لَكَ مِمَّا قُلْتَ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

١٤١٣ ـ مَالِكٌ عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِي، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّيْمِيِّ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أبي أُمَيَّةَ؛ أنَّ امْرَأةً هَلَكَ عَنْها زَوْجُهَا، فَاعْتَدَّتْ أرْبَعَةَ أشْهُرٍ وَعَشْراً، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ حِينَ حَلَّتْ. فَمَكَثَتْ عِنْدَ زَوْجِها أرْبَعَةَ أشْهُرٍ وَنِصْفَ شَهْرٍ، ثُمَّ وَلَدتْ وَلَداً تامًّا، فَجَاءَ زَوْجُهَا إلَى عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَدَعَا عُمَرُ نِسْوَةً مِنْ نِساءِ الْجاهِلِيَّةِ، قُدَماءَ[1]، فَسَألَهُنَّ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَتِ امْرَأةٌ مِنْهُنَّ: أنَا أخْبِرُكَ عَنْ هذِهِ الْمَرْأةِ، هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا حِينَ حَمَلَتْ مِنْهُ، . فَأهْرِيقَتْ عَلَيْهِ الدِّمَاءُ، فَحَشَّ وَلَدُهَا[2] فِي بَطْنِهَا، فَلَمَّا أصابَهَا زَوْجُهَا الَّذِي نَكَحَهَا، وَأصَابَ الْوَلَدَ الْمَاءُ، تَحَرَّكَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِهَا، وَكَبِرَ، فَصَدَّقَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَقَالَ عُمَرُ: أمَا إنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا إلاَّ خَيْرٌ، وَألْحَقَ الْوَلَدَ بِالأوَّلِ[3].

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلَماءُ فِي الأرْبَعَةِ الأشْهُرِ وَالعَشرِ لَيَالٍ الَّتِي جَعَلَها اللَّهُ تَعالى مِيقاتاً لِعدَّةِ المُتوفَّى عَنها زَوْجُها، هَل تَحْتاجُ فِيها إلى حِيْضَةٍ أمْ لا؟:

١٤١٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢١، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧/ ٤٤٤.

(١) قدماء: جمع قديمة، أي مسنّات، لهن معرفة.

(٢) حش ولدها: أي يبس، يقال: أحشت المرأة فهي محشّ، إذا صار ولدها كذلك، والحُشُّ: الولد الهالك في بطن أمه.

(٣) ألحق الولد بالأول: أي بالميت، لأنه ولده.

فَقالَ بَعْضُهم: لا تبرأُ إذا كَانَتْ مِمَّنْ تُوطَأُ إلَّا بِحيضَةٍ تَأْتي بِها فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ وَالعَشرِ، وَإِلَّا فَهِيَ مُستَرابَةٌ.

وَقالَ آخَرُونَ: لَيْسَ عَلَيها أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشرٍ، إِلَّا أَنْ تَسْتَرِيبَ نَفْسَها رِيبة بَيِّنَةً؛ لأنَّ هَذِهِ المُدَّةَ لَا بُدَّ فِيها مِنَ الحَيضِ فِي الأَغْلَبِ مِنْ أَمْرِ النِّساءِ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ المرأَةُ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ، أو مِمَّنْ عَرفَتْ مِنْ نَفسِها، أو عُرِفَ مِنْها أَنَّ حَيْضَتَها لَا تَأْتِيها إِلَّا فِي أَكْثَرَ مِن هَذ المُدَّةِ.

وَقَدْ ذَكَرْنا حُكْمَ المُسترابَةِ وَمَا لِلْعُلماءِ فِيها مِنَ المَذاهِبِ فِي كِتابِ الطَّلاقِ، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً.

وَقَدْ أَجْمَعَ عُلماءُ المُسْلِمِينَ بِأَنَّ الوَلَدَ لَا يلْحقُ إِلَّا فِي تَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يومِ النِّكاحِ، فَما زَادَ إِلى أَقْصى مُدَّةِ الحَمْلِ عَلى اخْتِلَافِهِم فِيها.

فَمالِكٌ يَجْعَلُهُ خَمسَ سِنِينَ.

وَمِنْ أَصْحابِهِ مَنْ يَجْعَلُهُ إِلى سَبْعِ سِنِينَ.

وَالشَّافِعِيُّ مُدَّتُهُ عِنْدَهُ الغَايَةُ فِيها أَرْبَعَةُ سِنِينَ.

وَالْكُوفِيُّونَ يَقُولُونَ: سَنَتانِ لَا غَير.

وَمُحمدُ بْنُ عَبْدِ الحَكَمِ يَقُولُ: [سَنَةٌ، لَا أَكْثَر].

وَدَاوُدُ يَقُولُ: تِسْعَةُ أَشْهرٍ، لَا يَكُونُ عِنْدَهُ حَمْلٌ أَكْثَرُ مِنْها.

وَهَذِهِ مَسْأَلَةٌ لَا أَصْلَ لَها إِلَّا الاجْتِهادُ، وَالرَّدُّ إِلى مَا عُرِفَ مِنْ أَمْرِ النِّساءِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

وَإِذَا أَتَتِ المَرْأَةُ بِولَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ كَامِلَةٍ، لَمْ يَلْحَقْ بِإِجماعٍ مِنَ العُلماءِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي المَرْأَةِ يُطَلِّقُها زَوْجُها فِي حِينِ العَقْدِ عَلَيها بِحضْرَةِ الحَاكِمِ، أو الشُّهُودِ، فَتَأْتي بِولَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَصَاعِداً مِنْ ذَلِكَ الوَقْتِ عُقَيب العَقْدِ:

فَقالَ [مَالِكٌ]، والشَّافعيُّ: لَا يلْحقُ بِهِ؛ لأنَّها لَيْسَتْ بِفِراشٍ لَهُ إِذْ لَمْ يمْكنهُ الوَطْءُ، وَلَا تكُونُ المَرْأَةُ فِراشاً بِالعَقْدِ المُجَرَّدِ حَتَّى يَنْضَمَّ إِلَيهِ إِمْكَانُ الوَطْءِ فِي العِصْمَةِ وَهُوَ كَالصَّغِيرِ أو الصَّغيرَةِ الَّذي لَا يُمْكِنُ لِلْوَاحِدِ مِنْهُما الوَطْءُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: هِيَ فِرَاشٌ لَهُ، وَيَلْحَقُهُ وَلَدُها إِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يومِ العَقْدِ، كَأَنَّهُ جَعَلَ الفِرَاشَ، وَلحُوقَ الوَلَدِ بِهِ تَعَبُّداً، كَما لَو رَأَى رَجُلٌ رَجُلاً يَطَأُ امْرَأَتَهُ، أو سَرِيَّتَهُ، أو قَامَتْ بِذَلِك البَيِّنَةُ، وَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لَحِقَهُ دُونَ الزَّاني بِها إِذَا كَانَ يَطَأُها قَبْلُ أو بَعْدُ.

قال أبو عمر: ذَكَرَ الطَّحاويُّ هَذا القولَ عَنْ أبي حَنِيفَةَ، وَاحْتجَّ لَهُ بِقَولِهِ: كَما لَو رَأى رَجُلٌ رَجُلاً يَطَأُ امْرَأَتَهُ، وَجاءَتْ بِوَلَدٍ ألحق بِهِ دُونَ الزَّانِي إِذَا كَانَ يَطَأُها قَبْلُ أو بَعْدُ.

وَإِنَّما احتجَّ لَهُ بِذَلِكَ؛ لأنَّهُ إجْماعٌ عِنْدَهُ، لَمْ يَعْلَمْ فِيهِ خِلافاً؛ لأنَّهُ إِذَا اشْتَركَ الزِّنا، والفِراشُ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ، فَالوَلَدُ لِلْفِراشِ عِنْدَ جُمْهُورِ العُلَماءِ مِنَ السَّلَفِ والخَلَفِ، إِلَّا أَنَّ ابْنَ القَاسِمِ قالَ: إِذَا قَالَ: رَأَيْتُها اليَومَ تَزْنِي، وَوَطَأْتُها قَبْلَ الرُّؤْيَةِ فِي اليَومِ، أو قَبْلَهُ، وَلَمْ أَسْتبرأْ، وَلَمْ أرَ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ لَاعَنَ، وَلَمْ يلحقْ بِهِ وَلَدُهُ إِنْ أَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ أو أَكْثَرَ، وَإِنَّما يلْحقُ بِهِ الوَلَدُ إِذَا أَتَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ.

وَهَذا القَولُ قَدْ غلبَ فِيهِ الزِّنا عَلى الفِراشِ، وَلَمْ يَقُلْهُ أَحَدٌ عَلِمْتُهُ قَبْلَهُ، وَهُوَ قَولٌ لَا أَصْلَ لَهُ، وَقَدْ ذكرَ أَنَّ مَالِكاً قَالَهُ مَرَّةً، ثُمَّ رَجعَ عَنْهُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ المُغيرةِ نَحْوُ قَولِ ابْنِ القَاسِمِ.

وَقالَ أَشْهَبُ؛ وَابْنُ عَبْدِ الحكمِ، وَابْنُ الماجِشُونِ: الوَلَدُ لَاحِقٌ بِالزَّوْجِ عَلى كُلِّ حَالٍ إِذَا أَقَرَّ بِوَطْئِها، وَلَمْ يسْتبرِىءْ، وَرَآهَا تَزْنِي، وَهَذا هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «الوَلَدُ لِلْفِراشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ» فَنَفى الوَلَدَ عَنْهُ الاشْتِرَاكُ وَالإِمْكَانُ عَنِ العَاهِرِ وَأَلزمه بِالفِرَاشِ عَلى كُلِّ حَالٍ إِذَا أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ لِلْفِراشِ.

وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّهُ لَو رَآهَا تَزْنِي، ثُمَّ وَطِئَها [فِي يَومِ الزِّنا]، أو بَعْدَهُ أَنَّ الوَلَدَ لَاحِقٌ بِهِ، لَا ينْفيه بِلعَانٍ أبداً، وَحَسْبُكَ بِهَذا، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

١٤١٤ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كانَ يُلِيطُ[1] أَوْلَادَ الجَاهِلِيَّةِ بِمَنِ ادَّعَاهُمْ فِي الإِسْلَامِ، فَأَتى رَجُلَانِ، كِلَاهُمَا يَدَّعِي وَلَدَ امْرَأَةٍ، فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَائِفاً، فَنَظَرَ إِلَيْهِمَا، فَقَالَ الْقَائِفُ: لَقَدِ اشْتَرَكَا فِيهِ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِالدِّرَّةِ، ثُمَّ دَعَا الْمَرْأَةَ فَقَالَ: أَخْبِرِينِي خَبَرَكِ فَقَالَتْ: كَانَ هذَا، لأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ، يَأْتِينِي، وَهِيَ فِي إِبِلٍ لأَهْلِهَا. فَلاَ يُفَارِقُهَا حَتَّى يَظُنَّ وتَظُنَّ أَنَّهُ قَدِ اسْتَمَرَّ بها حَبَلٌ. ثُمَّ انْصَرَفَ عَنْهَا، فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ دِمَاءٌ، ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا هذَا، تَعْنِي الآخَرَ، فَلاَ أَدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ؟ قَالَ فَكَبَّرَ الْقَائِفُ، فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلَامِ: وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ.

١٤١٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٢، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٢٦٣، وعبد الرزاق في المصنف ٧/ ٣٦٠.

(١) يليط: أي يلصق، أي يُلحق.

قال أبو عمر: رَوى هَذا الحَدِيثَ ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ يَحْيى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُليمانَ بْنِ يَسَارٍ بِمعْنى حَدِيثِ مَالِكٍ سَواءً، فَقَالَ سُفْيانُ: جَعَلَهُ عُمَرُ بَيْنَهُما يرِثَانِهِ، وَيَرِثُهما حِينَ اشْتَرَكا فِيهِ، وَقالَ غَيْرُهُ: هُوَ لِلَّذِي أتَاها أخرى، قَالَ سُفْيانُ: وَقَولُهُ: «وَالِ أيَّهُما شِئْتَ» أيْ انْتَسِبْ إلى أيِّهما شِئْتَ.

قال أبو عمر: أمَّا قَولُهُ: إنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ كَانَ يُلِيطُ أولادَ الجَاهِلِيَّةِ بِمَنِ ادَّعَاهُم فِي الإِسْلَامِ، فَقَدْ مَضى القَولُ، أنَّ هَذا مِنْهُ كَانَ خَاصاً فِي ولادَةِ الجَاهِلِيَّةِ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ فِرَاشٌ.

وَأمَّا فِي وِلَادَةِ الإِسْلامِ، فَلَا يَجُوزُ عِنْدَ أحَدٍ مِنَ العُلماءِ أنْ يلْحقَ وَلَدٌ مِنْ زِنا.

حدَّثَني أحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: حَدَّثَني المَيْمُونُ بْنُ حَمْزَةَ، قَالَ: حَدَّثني الطَّحاويُّ، قَالَ: حدَّثني المزنيُّ، قالَ: حدَّثني الشَّافعيُّ، قالَ: أخْبرَنا سُفْيانُ بْنُ عُيينة عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أبِي يَزِيدَ، عَنْ أبِيهِ، قَالَ: أرْسَلَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ إلى شَيْخٍ مِنْ بَنِي زهْرةَ ـ مِنْ أهْلِ [دَارِنا فَذَهَبْتُ مَعَ الشَّيْخِ إلى عُمَرَ، وَهُوَ فِي الحجرِ فَسَألَهُ عَنْ ولادِ مِنْ وِلادِ الجَاهِلِيَّةِ؟ قَالَ: وَكَانَتِ المَرْأة فِي] الجَاهِلِيَّةِ إذا طَلَّقَها زَوْجُها، أو مَاتَ عَنْها نكحَتْ بِغَيرِ عِدَّةٍ، فَقالَ الرَّجُلُ: أمَّا النُّطْفَةُ فَمِنْ فُلانٌ، وَأمَّا الوَلَدُ، فَهُوَ عَلى فِرَاشِ فُلَانٍ، فَقَالَ عُمَرُ: صَدَقْتَ، وَلَكِنْ قَضى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بالوَلَدِ لِلْفِراشِ.

حدَّثَني عَبْدُ الوَارِثِ، قَالَ: حدَّثَني قَاسِمٌ، قَالَ: حدَّثني الخشنيُّ، قالَ: حدَّثني ابْنُ أبي عُمَرَ، قَالَ: حدَّثني سُفْيَانُ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أبي يَزِيدَ، عَنْ أبِيهِ، قالَ: دَخَلَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ الحَجْرَ، فَأرْسَلَ إلى رَجُلٍ مِنْ بَنِي زهْرةَ يَسْألُهُ عَنْ وِلَادٍ مِنْ وِلادِ الجَاهِلِيَّة فخرج إليَّ، فَذَهَبْتُ مَعَهُ، فَأتاهُ، وَهُوَ فِي الحِجْرِ، فَسَألَهُ وَكَانَ أهْلُ الجاهِلِيَّة] إذَا مَاتَ الرَّجُلُ، أو طَلَّقَ لَمْ تَعْتَدَّ امْرَأتُهُ، فَقالَ: أمَّا النُّطْفَةُ فَمِنْ فُلانٍ، وَأمَّا الفِرَاشُ فَلِفُلانٍ، فَقالَ لَهُ عُمَرُ: صَدَقْتَ، وَلَكِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى أنَّ الوَلَدَ لِلْفِراشِ.

قال أبو عمر: لَمْ يَلْتَفِتْ عُمَرُ إلى قَولِ القَائِفِ مَعَ الفِرَاشِ، وَعَلى هَذا جَماعَةُ النَّاسِ.

وَأمَّا القَولُ بِالقَافَةِ فَأبَاهُ الكُوفِيُّونَ، وَأكْثَرُ أهْلِ العِراقِ وَرَووا عَنْ عُمَرَ مِنْ حَدِيثِ الشَّعبيِّ، وَإِبْرَاهِيمَ أنَّ عُمَرَ قَالَ لِرَجُلَيْنِ تَداعَيا وَلَدَ امْرَأةٍ: هُوَ ابْنكُمَا، وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْكُمَا.

وَذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ الثَّوْرِيِّ، عَنْ قابوسِ بْنِ أبِي ظبيانَ، عَنْ أبِيهِ، عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي الله عنه ـ أنَّهُ أتاهُ رَجُلَانِ، وَقَعَا عَلى امْرَأةٍ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، فَقَالَ: الْوَلَدُ بَيْنَكُمَا، وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْكُما.

وَعَنْ أبي حَنِيفَةَ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، قَالَ: هُوَ ابْنُهما يرثَانِهِ، ويرِثُهُمَا.

وَعَنْ سُفْيانَ الثَّوريِّ فِي رَجُلَيْنِ تَنَازَعَا وَلَداً، يَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهما إِنَّهُ وَلَدَ على فِرَاشِهِ، إِلَّا أَنَّهُ فِي يَدِ أحدِهما، قَالَ: هُوَ للَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ إِذا وَضعَتْهُ فِي سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ كَانَ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَهُوَ للأوَّلِ، إِلَّا أنْ يَكُونَ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ بِيَوم، أو يَوْمَيْنِ، قَالَ: هَذا فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ الجَارِيَةَ مِنَ الرَّجُلِ، ثُمَّ يَدَّعِي وَلَدَها وَيَدَّعِي المُشْتَرِي.

وَقالَ سُفْيانُ الثَّوريُّ في الوَلَدِ يَدَّعِيهِ الرَّجُلانِ أنَّهُ يَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما نَصِيبَ ذَكَرٍ تَامٍّ، وَهُمَا جَمِيعاً يَرِثَانِهِ [الثُّلُث]، فَإِذَا مَاتَ أحدُهُمَا فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهما، وَمَنْ نَفَاهُ أحَدُهما لَمْ يُضْرَبِ الحَدَّ حَتَّى يَنْفِيَهُ مِنْهُما جَميعاً فَإذا صَارَ لِلْبَاقِي مِنْهُما فَإِنَّهُ يَرِثُ إِخْوَتَهُ مِنَ المَيِّتِ، وَلَا يَرِثُونَهُ؛ لأَنَّهُ يَحْجُبُهُمْ أَبُوهُ الحَيُّ، وَيَرِثُهُمْ هُوَ؛ لأَنَّهُ أَخُوهم وَيَكُونُ مِيرَاثُهُ لِلْبَاقِي وَعَقلُهُ عَلَيْهِ، فَإِذَا مَاتَ الآخَرُ مِنَ الأبَوَيْنِ صَارَ عَقْلُهُ وَمِيرَاثُهُ للإِخْوَةِ مِنَ الأَبَوَيْنِ جَمِيعاً.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ: لَا يُقْضى بِقَولِ القَافَةِ فِي شَيْءٍ، لَا فِي نَسَبٍ، وَلَا فِي غَيْرِهِ.

قَالُوا: وَإِنِ ادَّعَى رَجُلانِ مُسْلِمَانِ وَلَداً جُعِلَ بَيْنَهُما وَجُعلَتِ الأمَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُما.

فَإِنْ كَانُوا ثَلاثَةً، وَادَّعَوا وَلَداً، لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُم فِي قَولِ أَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحمدٌ: يَكُونُ ابْنَ الثَّلاثَةِ إِذَا ادَّعوهُ مَعاً، كَما يَكُونُ بَيْنَ الاثْنَيْنِ.

وَلَوْ كَانَتِ الأمَةُ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ، فَادَّعَيَاهُ جَمِيعاً، فَإِنَّهُ يُجْعَلُ ابْنَ المُسْلِمِ مِنْهُما عِنْدَهُم، وَيَضْمَنُ قِيمَةَ الأمَةِ لِشَرِيكِهِ، وَنِصْفَ العقْد.

وَقَالَ زُفَرُ: يَكُونُ ابْنَهُما جَمِيعاً، ويكون مُسْلِماً، وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَاخْتَارَهُ الطَّحاوِيُّ.

وَأَمَّا قَولُ أَهْلِ الحِجَازِ [فِي القَضَاءِ] بِالقَافَةِ:

فَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ، وابْنِ عَبَّاسٍ وأنَسِ بْنِ مَالِكٍ، وَلَا مُخَالِفَ لَهُمْ مِنَ الصَّحابَةِ.

وَهُوَ قَولُ عَطاءِ بْنِ أبي رَباحٍ.

وَبِهِ قَالَ [مالك، وأحمد] [واللَّيْثُ]، وَالأوْزَاعِيُّ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأبُو ثَورٍ.

وَهُوَ قَولُ عُمَرَ، وَبِهِ قَضى فِي مَحْضَرٍ مِنَ الصَّحابَةِ.

وَقَدْ زَعَمَ بَعْضُ مَنْ لَا يرى القَوْلَ بِالقَافَةِ أنَّ عُمَرَ إِنَّما ضَرَبَ القَائِفَ بِالدِّرَّةِ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَرَ قَوْلَهُ شَيْئاً يُعْمَلُ بِهِ، وَهَذا تَعَسُّفٌ يُشْبِهُ التَّجاهُلَ؛ لأنَّ قَضَاءَ عُمَرَ بِالقَافَةِ أشْهَرُ وَأعْرَفُ مِنْ أنْ يحْتاجَ إلَيهِ إلى شَاهِدٍ، بَلْ إِنَّما ضربَهُ بقَولِهِ: «اشْتركَا فِيهِ»، وَكَانَ

يظنُّ أنَّ مَاءَيْنِ لَا يَجْتمِعَانِ فِي وَلَدٍ وَاحِدٍ، اسْتِدْلالا بِقَولِهِ تَعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ﴾ [الحجرات: ١٣] وَلَمْ يَقُلْ مِنْ ذَكَرَيْنِ وَأُنْثى.

أَلَا ترى أَنَّهُ قَضى بِقَولِ القَائِفِ، وَقَالَ: «وَالِ أَيَّهُما شِئْتَ».

قَالَ أَحْمَدُ: إِذَا ادَّعى اللَّقِيطَ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ، أرى القَافَةَ، فَبِأَيِّهم أَلْحَقُوهُ لَحق بِهِ.

وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَولُ مَالِكٍ، وَأَصْحاب إِذا قَالَتِ القَافَةُ قَدِ اشْتَركَا فِيهِ أَنْ يُوقَفَ الصَّبِيُّ حَتَّى يبْلغَ فِيهِ، وَيُقالُ لَهُ: «وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ» وَإِنَّهُ إِنْ مَاتَ قَبْلَ البُلُوغِ، وَالمُوالاةِ كَانَ مِيرَاثُهُ بَيْنَ الأَبَوَيْنِ.

[وَإِنْ مَاتَ أَحدُ الأَبَوَيْنِ] وقفَ مِيراثُ الوَلَدِ مِنْهُ، فَإِنْ وَالَاهُ أخذَ مِيراثَهُ، وَإِنْ وَالى الحَيَّ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنْ مِيرَاثِ المَيِّتِ شَيءٌ.

وإِنْ مَاتَ الصَّبِيُّ بَعْدَ مَوْتِ أَحدِهِمَا قَبْلَ البُلُوغِ فَهاهُنا اخْتَلَفُوا، وَقَدْ ذَكَرْنَا اخْتِلافَهُمْ فِي كِتَابِ «اخْتِلافِ أَقْوالِ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ».

وَاخْتَلَفُوا هَلْ يُقْبَلُ قَولُ القَائفِ الوَاحِدِ أَمْ لَا؟:

فَعِنْدَ مَالِكٍ فِيهِ رِوَايَتانِ:

(أَحَدُهما): لاَ يُقْبَلُ إلا قَائِفانِ.

(والأُخرى): يُقْبَلُ قَولُ القَائِفِ الوَاحِدِ.

وَهُوَ قَولُ الشَّافعيِّ؛ لأَنَّهُ عِنْدَهُ كَالحَاكِمِ، لَا كالشُّهُودِ.

وَهُوَ الأَشْهَرُ عَنْ مَالِكٍ، وَعَليهِ أَكْثَرُ أَصحابِهف.

وَهُوَ المَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ، وَمَنْ لَمْ يَقْبَلْ مِنْ أَصْحابِ مَالِكٍ فِيهِ إِلَّا قَائِفَيْنِ جَعَلَهُما كَالشَّاهِدَيْنِ، وهُوَ عِنْدِي أَحْوَطُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَولُ الشَّافِعِيِّ فِي أَنَّ الوَلَدَ إِذَا كَانَ صَغِيراً انْتُظِرَ بِهِ البُلُوغُ كَقَولِ مَالِكٍ سَواءٌ، فَلَا يَكُونُ ابْناً لَهُمَا، وَلَكِنْ يُوالِي مَنْ شَاءَ مِنْهُما عَلى مَا روَى أَهْلُ المَدِينَةِ عَنْ عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ.

وَفِي دُعَاءِ عُمَرَ لَهُ القَافَة حِينَ ادَّعَاهُ اثْنَانِ دَلِيلٌ عَلى أَنَّهُ لَا يَكُونُ ابْناً لاثْنَيْنِ أبداً، وَإِنَّما دَعا لَهُ القَائِفَ لِيلحقَهُ بِأَحَدِهما، فَلَمَّا قالَ: اشْتَرَكَا فِيهِ، قالَ لَهُ: وَالِ أَيَّهُما شِئْتَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ بَعْضِ المُفَسِّرِينَ أَنَّهُ قَالَ فِي قَولِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿مَّا جَعَلَ ٱللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِۦ﴾ [الأحزاب: ٤].

قَالَ: لَمْ أجِدِ اللَّهَ تعالى، وَلَا رَسُولَهُ ﷺ نَسَبَا أحداً إلَّا إلى أبٍ وَاحِدٍ.

وَقَالَ أبُو ثَورٍ: يَكُونُ ابْنَهُما إذَا قال القَائِفُ قَدِ اشْتَرَكَ فِيهِ، يَرِثُهما، وَيَرِثانِهِ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ أنَّهُ جَعَلَهُ ابْنَهُما.

وَاخْتَلَفَ الشَّافِعِيُّ، ومَالِكٌ فِي القَضاءِ بِالقَافَةِ في أوْلَادِ الحَرَائِرِ:

فَقالَ مَالِكٌ، وَأكْثَرُ أصْحابِهِ لَيْسَ لِلقَافَةِ فِي أوْلَادِ الحَرَائِرِ قولٌ، وَإنَّما يُقْبَلُ قَولُهم فِي الإمَاءِ.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: الحَرَائِرُ، وَالإمَاءُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ إذا أمْكنت الدَّعْوى بِهِ.

وقَالَ أشْهَبُ: مَا كَانَتِ القَافَةُ إلَّا فِي الحَرَائِرِ، وَبِهِ نَقُولُ.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: إذَا ادَّعَى الحُرُّ وَالعَبْدُ أو المُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ مَوْلُوداً ـ قَدْ وُجِدَ لَقِيطاً، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ وَاحِدٍ مِنْهُم، كَما لَا يَكُونُ بَيْنَهُم فَرْقٌ فِيما يمْلِكُونَ ـ فرآهُ القَافَةُ فَإنْ ألحقُوهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُما، فَهُوَ ابْنُهُ أبداً، وَإنْ ألحقُوهُ بِأكْثَرَ لَمْ يَكُنِ ابْنِ وَاحِدٍ مِنْهُم حَتَّى يَبْلُغَ، فَينتسبَ إلى أيِّهم شَاءَ، وَيَكُونَ ابْنَهُ، وَتَنْقَطِعَ عَنْهُ دَعْوى الآخَرِ، وَهُوَ حُرٌّ فِي كُلِّ حَالَاتِهِ، بِأيِّهم ألْحَقَتْهُ القَافَةُ؟ لأنَّ أصْلَ النَّاسِ الحُرِّيَّةُ حَتَّى يعلَمَ العُبُودِيَّةَ.

وَمِنَ الحُجَّةِ فِي القَضَاءِ [بالقَافَةِ] مَعَ مَا رُوِيَ في ذَلِكَ عَنِ الصَّحابَةِ ـ رضي الله عنهم ـ حَدِيثُ ابْنِ شِهابٍ عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: دَخلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَسْرُوراً، تَبْرقُ أسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقالَ: «ألَمْ تَسْمَعِي ما قالَ مجززٌ المُدلِّجيُّ لِزَيْدٍ، وَأُسامَةَ ـ ورَأى أقْدامَهُما فَقالَ ـ: إنَّ هَذِهِ الأقْدَامَ بَعْضُها مِنْ بَعْضٍ».

رَوَاهُ جَماعَةٌ مِنْ [ثقات] أصْحابِ ابْنِ شِهابٍ عَنْهُ.

وَرَوى مَعمرٌ، عَنْ أيُوبَ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ: أنَّ عُمَرَ دَعَا القَافَةَ فَرأوا شبَهَ الوَلَدِ فِي الرَّجُلَيْنِ، وَرَأى عُمَرُ مِثْلَ مَا رَأتِ القَافَةُ، قَالَ: قَدْ كُنْتُ أعْلَمُ أنَّ الكلبةَ تلقحُ الأكْلُبَ فيكون كل جَرْوٍ لأبِيهِ، وَمَا كُنْتُ أرىَ أنَّ مَاءَيْنِ يَجْتَمِعَانِ فِي وَلَدٍ وَاحِدٍ.

وَمَعمرٌ، عَنْ أيُوبَ، عَنْ أبي قلَابَةَ فِي هَذِهِ القَصَّةِ أنَّ عُمَرَ قَالَ فِي هَذا: أمْرٌ لَا أقْضِي فِيهِ شَيْئاً، ثُمَّ قالَ لِلْغُلَامِ: اجْعَلْ نَفْسَكَ حَيْثُ شِئْتَ.

وَمَعمرٌ، عَنِ الزَّهريِّ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ: أنَّ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا وَلَداً، فَدعَا عُمَرُ بالقَافَةِ، وَاقْتدى فِي ذَلِكَ بِنَظَرِ القَافَةِ، وَألْحَقَهُ بِأحَدِ الرَّجُلَيْنِ.

وَمَعمرٌ، عَنِ الزَّهريِّ فِي رَجُلٍ وَقَعَ عَلى أمَةٍ فِي عِدَّتِها مِنْ زَوْجِها، فَقال: يُدْعى لِوَلَدِها القَافَةُ فَإنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ، وَمَنْ بَعْدَهُ قَدْ أخَذُوا بِنَظَرِ القَافَةِ فِي مِثْلِ هَذا.

قال أبو عمر: قَدْ رُوِيَ فِي هَذا الحَدِيثِ حَدِيثٌ مُسْنَدٌ حَسَنٌ، أخَذَ جَماعَةٌ مِنْ أهْلِ الحَدِيثِ بِهِ، وَمِنْ أهْلِ الظَّاهِرِ.

وَرَوَاهُ الثَّوريُّ عَنْ صَالِحِ بْنِ يَحْيَى، عَنِ الشَّعبيِّ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أرْقَمَ، قالَ: كَانَ عَلِيٌّ ـ رضي الله عنه ـ بِاليَمَنِ، فَأُتي بِامْرَأةٍ وَطِئَها ثَلاثَةٌ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ فَسَأَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُم أنْ يقرَّ لِصَاحِبِهِ، فَأبى، فَأقْرَعَ بَيْنَهُم، وَقضى بِالوَلَدِ لِلَّذِي أصَابَتْهُ القُرْعَةُ، وَجَعَلَ عَلَيهِ ثُلُثَي الدِّيَةِ، فَرفعَ ذَلِكَ إلى النبيِّ ﷺ، فَأعْجَبَهُ وَضَحِكَ حَتَّى بَدَتْ نَوَاجِذُهُ.

وَرَوَاهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنِ الأجْلَحِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الكنديِّ، عَنِ الشعبيِّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الخليلِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أرْقَمَ، قالَ: أُتِي عليُّ بْنُ أبِي طَالِبٍ ـ رضي الله عنه ـ بِاليمنِ في ثَلاثَةِ نَفَرٍ، وَقَعُوا على جَارِيَةٍ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ، فَجَاؤُوا يَخْتَصِمُونَ فِي وَلَدِها فَقالَ عَلِيٌّ لأحَدِهِمْ: تَطِيبُ نَفْساً، وَتَدَعُهُ لِهَذَيْنِ؟ فَقَالَ: لَا، وَقالَ للآخَرِ مِثْلَ ذَلِكَ، فَقالَ: لَا، وَقالَ للآخَرِ مِثْلَ ذَلِكَ، فَقالَ: لَا، فَقالَ: أنْتُمْ شُركاءُ مُتَشَاكِسُونَ، وَإِنِّي أقرعُ بَيْنَكُم، فَأيُّكُم أصَابَتْهُ القُرْعَةُ ألْزمْتُهُ الوَلَدَ، وَغرمتُهُ ثُلُثَي القِيمَةِ، أو قَالَ ثُلُثَي قِيمَةِ الجَارِيَةِ، فَلَمَّا قَدمُوا عَلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ضَحِكَ حَتَّى بَدَتْ نَوَاجِذُهُ، وَقَالَ: «مَا أعْلَمُ فِيها غَيْرَ مَا قَالَ عَلِيٌّ».

١٤١٥ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمرَ بْنَ الْخَطَّابِ، أَوْ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، قَضَى أَحَدُهُمَا فِي امْرَأةٍ غَرَّتْ رَجُلاً بِنَفْسِهَا، وَذَكَرَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ فَتَزَوَّجَها، فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَاداً، فَقَضَى أَنْ يَفْدِيَ وَلَدَهُ بِمِثْلِهِمْ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ: وَالْقِيمَةُ أعْدَلُ فِي هذَا، إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

قال أبو عمر: قَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ، وَعُثْمانَ جَمِيعاً.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: أَخْبَرنا ابْنُ جُرِيجٍ، قَالَ: سَمِعْتُ سُليمانَ بْنَ مُوسى يَذْكُرُ أنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ قَضى فِي الأمَةِ تَأْتِي قَوْماً فَتُخْبرُهُم أنَّها حُرَّةٌ، فَيَنْكِحُها أحَدُهُم، فَتَلِدُ لَهُ، فَقضى عُمرُ أنَّ عَلى أبِيهِ مِثْلَ كُلِّ وَالِدٍ وُلِدَ لَهُ مِنَ الرَّقِيقِ فِي الشِّبْرِ والذِّرعِ.

قالَ ابْنُ جُرِيجٍ: قُلْتُ لِسُلَيْمانَ: فَإنْ كَانَ أولَادُهُ حِسَاناً قَالَ: لَا يُكَلَّفُ مِثْلَهُم فِي الحُسْنِ، إنَّما يُكلفُ مِثْلَهُم فِي الزَّرْعِ.

[وَقَالَ ابْنُ جُرِيجٍ]: وَقالَ عَطاءٌ: أرى أنْ يفادي فِيهم آباؤهم.

وَعَنْ معمرٍ، عَنِ ابْنِ طَاوُسٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ: أَنَّهُ قَالَ فِي وَلَدِ الأمَةِ تفرُّ مِنْ نَفْسِها عَبْدانِ.

قَالَ مَعمرٌ: وَأَخْبَرَنِي مَنْ سَمعَ الحَسَنَ يَقُولُ: مَكانُ كُلِّ عَبْدٍ عَبْدٌ وَمَكانُ كُلِّ

١٤١٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٣، من الكتاب والباب السابقين.

جَارِتِهِ [جَارِيَةٌ.

وَمعمرٌ، عَنْ قَتادَةَ، فِي الأمَةِ يِنْكحُها الرَّجُلُ، وَهُوَ يرى أنَّها حُرَّةٌ، فَتَلدُ أولَاداً، فَقضى فِيها عُثْمانُ مَكانَ كُلِّ وَلَدِ عَبْدٌ، أو مَكَانَ كُلِّ جارِيَةٍ] جارِيَتَانِ.

قَالَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ: وَأخْبَرَنا مُحمدُ بْنُ مُسلم، عَنْ إبْراهِيمَ بْنِ مَيْسَرَةَ، قَالَ: نَكَحَ رَجُلٌ أمَةً، فَولَدَتْ لَهُ، فَكَتَبْتُ [بِذَلِكَ إلى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، فَكَتَبَ] أنْ تفادي أوْلَادهُ بِوَصِيفَيْنِ أحْمَرَيْنِ، كُلُّ وَاحِدٍ بِاثْنَيْنِ، أحَبَّ أهْلُ الجَارِيَةِ، أو كَرِهُوا.

وَرَوى شَعْبَةُ، عَنْ مُغِيرَةَ، عَنْ إبْرَاهِيمَ فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الأمَةَ، يُقالُ لَهُ: إنَّها حُرَّةٌ قالَ: صَدَاقُها على الَّذِي غَرَّهُ.

قَالَ شُعْبَةُ: وَقالَ حَمَّادٌ مِثْلَ ذَلِكَ.

وَقالَ الحَكَمُ: إذَا وَلَدَتْ، فَفِدَاءُ الوَلَدِ عَلى الأبِ.

وَذكرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ الثَّورِيِّ فِي الأمَةِ تغرُّ مِنْ نَفْسِهَا الحُرَّ، فَقَالَ: عَلى الأبِ قِيمَةُ الوَلَدِ.

قَالَ: وَلَو غَرَّهُ غَيْرهُا كَانَتِ القِيمَةُ أيضاً عَلى الأبِ، وَيتبعُ الَّذِي غَرَّهُ.

قَالَ الثَّوْرِيُّ: وَقالَ إبْرَاهِيمُ: يغْرمُ القِيمَةَ.

قَالَ: وَقالَ ابْنُ أبِي لَيْلَى: يُقومُونَ حِين وُلِدُوا؛ لأنَّهمُ أحْرَارٌ.

وَقالَ الثَّوريُّ: يُقَوَّمُونَ حِينَ يَقْضِي فيهم القَاضِي.

قال أبو عمر: قَالَ مَالِكٌ: إذَا غَرَّتِ الأمَةُ مِنْ نَفْسِهَا، وَتَزَوَّجَتْ عَلى أنَّها حُرَّةٌ، وَدَخَلَ بِها، فَلاَ يُؤْخَذُ مِنْها المَهْرُ.

وَقالَ ابْنُ القاسِمِ: أرى أنْ يُؤْخَذَ مِنْها مَا فضلَ عَنْ مَهْرِ المِثْلِ.

وَقالَ الشَّافعيُّ: عَلى الغَارِّ قِيمَةُ الأوْلَادِ للأَبِ، وَعلى الأبِ المُسْتحقِّ، وَلَا يرْجعُ عَلَيه بِعُقْرِهِ.

وَقَالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَأبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ: إذَا زوجَ رَجُلٌ رَجُلاً امْرَأةً عَلى أنَّها حُرَّةٌ، فَوَلَدَتْ لَهُ أوْلَاداً، ثُمَّ اسْتَحَقَّها رَجُلٌ، فَعلى الأبِ قِيمَةُ الأوْلَادِ وَالعقرُ، ويَرْجعُ بِالقِيمَةِ عَلى الغَارِّ، وَلَا يرْجعُ بالعُقْرِ.

وَقالَ ابْنُ القَاسِمِ: إذَا أخْبَرَهُ أنَّها حُرَّةٌ، وَزَوَّجَها مِنْهُ، وَهُوَ يعْلَمُ أنَّها أمَةٌ لَمْ يرْجعْ بِقِيمَةِ الأوْلادِ عَلى الَّذي غَرَّهُ؛ لأنَّهُ لَمْ يغرّهُ مِنَ الوَلَدِ، ويَرْجعُ عَلَيه بِالمَهْرِ فِي رَآيِ، وَلَا أقُومُ عَلى حِفْظِهِ عَنْ مَالِكٍ أنَّهُ لَا يَرْجعُ بِقِيمَةِ الوَلَدِ، قَالَ: وَإذَا أعلَمَهُ أنَّهُ لَيْسَ بِوَلِيٍّ لَها، ثُمَّ زَوَّجَهُ مِنها لَمْ يَرْجعْ عَلَيهِ بِالمَهْرِ.

قال أبو عمر: يرْجعُ عِنْدَ الشَّافعيِّ بِقِيمَةِ الوَلَدِ عَلى الغَارِّ؛ لأنَّ النِّكاحَ كَانَ سَبَبَ الوَلَدِ، وَلاَ يرْجعُ بِالمَهْرِ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ جَعَلَ للَّتِي نكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّها صَدَاقَها بِما اسْتَحَلَّ مِنْها، فَنِكاحُها بَاطِلٌ، وَقالَ: إِنْ دَخَلَ بِها، فَلَها مَهْرُها بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْها.

وَاتَّفَقَ مَالِكٌ، وَأبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُما عى أنَّ القِيمَةَ إِنَّما تَجِبُ [عَلى الأبِ] يَومَ يخْتصمُونَ، وَيومَ يَحْكُمُ الحَاكِمُ بِها.

قَالُوا: وَمَنْ مَاتَ مِنْهُم قَبْلَ ذَلِكَ، فَلَا شَيْءَ فِيهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: فَإِنْ تخلفَ الابْنُ المَيِّت قَبْلَ الخصُومِ فيهم ما لا لَمْ يَجِبْ عَلى الأبِ فِيهِ شَيْءٌ، إلا أنْ يَكُونَ قُتِلَ، فَأَخَذَ الأبُ دِيَتَهُ.

وَقالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الحَسَنِ: اسْتحبُّوا القِيمَةَ يومَ يسْقطُ الوَلَدُ، قالَ: والقِيَاسُ يَومَ يسْتحقُّ.

وَقالَ الشَّافعيُّ: عَلى الأبِ القِيمَةُ يَومَ وُلِدُوا.

وَقالَ أبُو ثَورٍ، وَدَاوُدُ: الأَوْلَادُ رَقِيقٌ، وَلَا قِيمَةَ فِيهِمْ عَلى أَحَدٍ.

وَقَالَ الطَّحاوِيُّ: القِيَاسُ أنْ يَكُونَ الوَلَدُ مَمْلُوكِينَ، إِلَّا أَنَّهُمْ تَرَكُوا القِيَاسَ بِاتِّفَاقِ الصَّحَابَةِ عَلى أَنَّهُمْ أَحْرَارٌ عَلى الأبِ قِيمَتُهُم.

قال أبو عمر: بِإِجْمَاعِهِمْ أَنَّ كُلَّ أَمَةٍ تَلِدُ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِها فَوَلَدُها بِمَنْزِلَتها، فَالقِيَاسُ عَلى ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ مَمْلُوكاً، إلاَّ أَنَّهُ لاَ مدْخلَ لِلْقِياسِ فِيمَا يُخالفُ فِيهِ السَّلَفَ، فَاتِّبَاعُهُمْ خَيْرٌ مِنَ الابْتِدَاعِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٢٢ ـ باب القضاء في ميراث الولد المستلحق

١٤١٦ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَهْلِكُ وَلَهُ بَنُونَ، فَيَقُولُ أَحَدُهُمْ: قَدْ أَقَرَّ أَبِي أَنَّ فُلاناً ابْنُهُ: إِنَّ ذلِكَ النَّسَبَ لاَ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ إِنْسَانٍ وَاحِدٍ، وَلاَ يَجُوزُ إِقْرَارُ الَّذِي أَقَرَّ إِلاَّ عَلَى نَفْسِهِ فِي حِصَّتِهِ مِنْ مَالِ أَبِيهِ، يُعْطَى الَّذِي شَهِدَ لَهُ قَدْرَ مَا يُصِيبُهُ مِنَ الْمَالِ الَّذِي بِيَدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذلِكَ، أَنْ يَهْلِكَ الرَّجُلُ وَيَتْرُكَ ابْنَيْنِ لَهُ، وَيَتْرُكَ سِتَّمِائَةِ دِينَارٍ، فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلاثَمَائَةِ دِينَارٍ، ثُمَّ يَشْهَدُ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبَاهُ الْهَالِكَ أَقَرَّ أَنَّ فُلاَناً ابْنُهُ، فَيَكُونُ عَلَى الَّذِي شَهِدَ لِلَّذِي اسْتُلْحِقَ، مِائَةُ دِينَارٍ، وَذلِكَ نِصْفُ مِيرَاثِ

١٤١٦ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ٢٢ (القضاء في ميراث الولد المستلحق) من كتاب الأقضية.

الْمُسْتَلْحَقِ، لَوْ لَحِقَ، وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ الآخَرُ أَخَذَ المِائَةَ الأُخْرَى، فَاسْتَكْمَلَ حَقَّهُ وَثَبتَ نَسَبُهُ.

وَهُوَ أَيْضاً بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ تُقِرُّ بِالدَّيْنِ عَلَى أَبِيهَا أَوْ عَلَى زَوْجِهَا، وَيُنْكِرُ ذلِكَ الْوَرَثَةُ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَدْفَعَ إِلَى الَّذِي أَقَرَّتْ لَهُ بِالدَّيْنِ قَدْرَ الَّذِي يُصِيبُهَا مِنْ ذلِكَ الدَّيْنِ، لَوْ ثَبَتَ عَلَى الْوَرَثَةِ كُلِّهِمْ، إِنْ كَانَتِ امْرَأَةً وَرِثَتِ الثُّمُنَ، دَفَعَتْ إِلَى الْغَرِيمِ ثُمُنَ دَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَتِ ابْنَةً وَرِثَتِ النِّصْفَ، دَفَعَتْ إِلَى الْغَرِيمِ نِصْفَ دَيْنِهِ عَلَى حِسَابِ هَذَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَنْ أَقَرَّ لَهُ مِنَ النِّسَاءِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ عَلَى مِثْلِ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ أَنَّ لِفُلانٍ عَلَى أَبِيهِ دَيْناً، أُحْلِفَ صَاحِبُ الدَّيْنِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ، وَأُعْطِيَ الْغَرِيمُ حَقَّهُ كُلَّهُ، وَلَيْسَ هذَا بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ؛ لأَنَّ الرَّجُلَ تَجوزُ شَهَادَتُهُ، وَيَكُونُ عَلَى صَاحِبِ الدَّيْنِ، مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ، أَنْ يَحْلِفَ، وَيَأْخُذَ حَقَّهُ كُلَّهُ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ أَخَذَ مِنْ مِيرَاثِ الَّذِي أَقَرَّ لَهُ، قَدْرَ مَا يُصِيبُهُ مِنْ ذلِكَ الدَّيْنِ؛ لأَنَّهُ أَقَرَّ بِحَقِّهِ، وَأَنْكَرَ الْوَرَثَةُ، وَجَازَ عَلَيْهِ إِقْرَارُهُ.

قال أبو عمر: أَمَّا المُقرُّ بِأَخٍ مَجْهُولٍ، وَلَهُ أَخٌ مَعْرُوفٌ يجْحدُ ذَلِكَ، فَقَدِ اخْتَلَفَ الفُقهاءُ بِما يلْزمُهُ أخيهِ الَّذِي أَقرَّ بِهِ:

فَالَّذِي ذَهَبَ إِلَيهِ مَالِكٌ، وَأَصْحابُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي مُوَطَّئهِ أَنَّهُ يعْطيهُ ثُلُثَ مَا بِيَدِهِ، لَا يلْزمُهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ؛ لأَنَّهُ لَو ثَبَتَ أَنَّهُ أَخٌ لَمْ يَلْزَمْهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، فَلَا يَلْزَمُهُ بِإِقْرَارِهِ أَكْثَرُ مِمَّا كَانَ يَلْزَمُهُ بِالبَيِّنَةِ أَنَّهُ ابْنُ أَبِيهِ.

وَبِهِ قالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ.

وَالكُوفِيُّونَ يلْزمُهُ أَنْ يعْطِيَهُ نِصْفَ مَا بِيَدِهِ؛ لأَنَّهُ قَدْ أَقَرَّ أَنَّهُ شَرِيكٌ لَهُ فِيما تَركَ أَبُوهُ، فَلَا يسْتأثِرُ عَلَيهِ بِشَيْءٍ، [قَالُوا: يدْخلُ عَلَيهِ مِنْ ظُلْمِ أَخِيهِ لَهُ كَما يدْخلُ عَلى الْمجحُودِ الَّذِي أَقَرَّهُ بِهِ].

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَلْزَمُهُ مِنْ جِهَةِ القَضاءِ أَنْ يُعْطِيَهُ شَيْئاً؛ لأَنَّهُ أَقرَّ لَهُ بِشَيْءٍ لَا يَسْتحقُّهُ إِلَّا مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ، وَلَا يسْتحقُّهُ إِلَّا بِإِقْرَارِ أَخِيهِ وَحْدَهُ إِذَا كَانَ، ثَمَّ مِنَ الوَرَثَةِ مَنْ يَدْفَعُهُ، فَإِذَا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ [بِإِقْرَارِ أَخِيهِ وَحْدَهُ] لَمْ يسْتحقَّ شَيْئاً مِنَ المِيراثِ، وَهَذا أَصَحُّ مَا فِيهِ عِنْدَنا، وَإِنْ شَاءَ المُقرُّ أَنْ يعْطِيَهُ شَيْئاً أَعْطاهُ.

وَقَولُ اللَّيثِ بْنِ سَعْدٍ كَقَولِ الشَّافِعِيِّ.

وَاتَّفَقُوا أَنَّ نَسَبَ الأخِ المُقرِّ بِهِ يَثْبُتُ لَو أَقَرَّ لَهُ الابْنَانِ جَمِيعاً، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ بِهِ جَمِيعُ الوَرَثَةِ.

واخْتلفُوا إِذَا جَحدَهُ بَعْضُ الوَرَثَةِ، وَأقَرَّ بِه بَعْضُهمْ:

فَالجُمْهُورُ عَلى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِلَّا أَنْ يقرَّ بِهِ اثْنَانِ، فَصَاعِداً.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ خِلَافُ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ فِي الابْنِ الوَاحِدِ يقرُّ بِهِ الأخُ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُناكَ وَارِثٌ غَيرُهُ أَنَّهُ يلْحقُ نَسَبُهُ، وَالمَشْهُورُ عَنْهُ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

وَأَمَّا إِقْرَارُ الوَارِثِ بِدَيْن إِذَا أَنْكَرَ سَائِرُ الوَرَثَةِ؛ فَالَّذِي عَلَيهِ مَالِكٌ، وَأَصْحَابُهُ، والمَعْرُوفُ مِنْ مَذْهَبِهِم فِي الحِجَازِ، وَالعِرَاقِ، وَمِصْرَ أَنَّهُ لَا يلْزمُ المُقرَّ مِنَ الدَّيْنِ إِلَّا مِقْدَارُ مَا يُصِيبُهُ فِي حِصَّتِهِ إذا كَانَتِ ابْنَةٌ لَا وَارِثَ لَهُ غَيرُها فَالنِّصْفُ، وَإِنْ كَانَتْ أُمّاً، فَالثُّلُثُ، وَإِنْ كَانَتْ زَوجاً فَالرُّبعُ، أو الثُّمن، وَإِنْ كَانَ أخاً لأمّ فَالسُّدُسُ.

عَلى هَذا جَمَاعَتُهُمْ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالدَّيْنِ كَالإِقْرَارِ بِالوَلَدِ وَكَالإِقْرَارِ بِالوَصِيَّةِ.

إِلَّا مَا ذَكَرَهُ ابْنُ حبيبٍ، فَإِنَّهُ قَالَ: أَصْحابُ مَالِكٍ كُلُّهُم يَرَوْنَ هَذا القَولَ مِنْ مَالِكٍ وَهْماً؛ لأَنَّهُ لَا مِيرَاثَ لِوَارِثٍ إِلَّا بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ.

قال أبو عمر: بَلْ أَصْحابُ مَالِكٍ كُلُّهُمْ عَلى مَا رَوَاهُ مَالِكٌ، وَالمُتَأَخِّرُونَ مِنْهُم يُنْكِرُون عَلى ابْنِ حبيبٍ قَولَهُ هَذا.

وَكَانَ أَبُو عُمَرَ؛ أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ المَلِكِ بن هاشم شَيْخُنا ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ يُنْكِرُ عَلى ابْنِ حبيبٍ كُلَّ الإِنْكارِ، يُنْكِرُ وَيَقُولُ: لا أعْرفُ مَا حكَاهُ ابْنُ حبيبٍ عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَصْحابِ مَالِكٍ.

وَقالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ كَما قالَ مَالِكٌ: لَا يلْزَمُ المُقرّ بِالدَّيْنِ مِنَ الوَرَثَةِ إِلَّا بِمِقْدَارِ مِيرَاثِهِ.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنَ الكُوفِيِّينَ وَغَيرِهم: يلْزمُ المُقرَّ بالدَّيْنِ أَداءُ الدَّيْنِ كُلِّهِ مِنْ حِصَّتِهِ؛ لأَنَّهُ لَا يَحلُّ لَهُ أَنْ يَرِثَ، وَعَلى أَبِيهِ دَيْنٌ، وَجَعَلُوا الجَاحِدَ كَالغَاصِبِ بِبَعْضِ مَالِ المَيِّتِ.

وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّهُ يُؤَدِّي الدَّيْنَ مِمَّا بَقِيَ بَعْدَ الغَصْبِ إِذَا لَمْ يقدرْ عَلى الغَاصِبِ وَالسَّارِقِ.

وَكَذَلِكَ أَجْمَعُوا أَنَّهُ لَو كَانَ وَارِثاً وَاحِداً، وَأَقَرَّ لَزِمَهُ الدَّيْنُ كُلُّهُ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ، وَلَمْ يَرِثْ إِلَّا مَا فَضلَ عَنِ الدَّيْنِ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَبْدِ المَلكِ بْنِ الماجشُونِ.

قال أبو عمر: وَجْهُ قَولِ مَالِكٍ وَمَنْ تَابَعَهُ عَلى ذَلِكَ أَنَّ إِقْرَارَ المُقِرِّينَ عَلى أَنْفُسِهِمْ بِمَنْزِلَةِ البَيِّنَةِ ثَبَتَتْ عَلَيهِم بِما أَقَرُّوا بِهِ، وَلَو شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بِالدَّيْنِ لَمْ يَلْزمِ المَشْهُودَ عَلَيهِ إِلاَّ مِقْدارُ حِصَّتِهِ مِنَ المِيرَاثِ.

وَكَذَلِكَ لَو أقرَّ بِوَصِيَّةٍ، أو شَهدَتْ بِذَلِكَ البيِّنَةُ.

وَيَدُلُّ عَلى صِحَّةِ قَولِ مَالِكٍ أيضاً أنَّهُم قَدْ أجْمَعُوا أنَّهُ لَو شَهَدَ رَجُلانِ مِنَ الوَرَثَةِ عَلى المَيِّتِ بِالدَّيْنِ قُبلَتْ شهادَتُهما، وَكانَ عَلى كُلِّ وَارِثٍ بِمِقْدارِ مِيرَاثِهِ.

وَقَالَ الكُوفِيُّونَ: لَو كَانَا غَيْرَ عَدْلَيْنِ لَزِمَهُما الدَّيْنُ كُلُّهُ فِي حِصَّتِيهما، وَلَمْ يلْزمْ سَائِرَ الوَرَثَةِ شَيْءٌ، فَكَيْفَ يقْبلُونَ شَهادَةَ مَنْ إذَا ثَبَتَتْ شهادَتُهُ كَانَ بِها جَاراً إِلى نَفْسِهِ، أو دَافِعاً عَنْها.

٢٣ ـ باب القضاء في أمهات الأولاد

١٤١٧ ـ قَالَ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِم بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَؤُونَ وَلائِدَهُمْ، ثُمَّ يَعْزِلُوهُنَّ، لاَ تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُها أَنَّ قَدْ أَلَمَّ بِهَا، إلا أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا، فَاعْزِلُوا بَعْدُ، أَو اتْرُكُوا.

١٤١٨ ـ مَالِكٌ عَنْ نَافع، عَنْ صَفِيَّةَ بِنْت أَبِي عُبَيدٍ؛ أَنَّها أَخْبَرَتْهُ: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَؤُونَ وَلاَئِدَهُمْ، ثُمَّ يَدَعُوهُنَّ يَخْرُجْنَ، لاَ تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا، إلا قَدْ أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا، فَأَرْسِلُوهُنَّ بَعْدُ، أَوِ أَمْسِكُوهُنَّ.

قال أبو عمر: اتَّفَقَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُهما عَلى القَولِ بِمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ فِي هَذَا البَابِ، وَالعَزْلُ عِنْدَهُمْ وَغَيرُ العَزلِ سَوَاءٌ إِذَا أَقَرَّ بِالوَطْءِ إلا أَنْ يَدَّعِي بَعْدَهُ اسْتبراءً.

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ: فَمِنْهُم مَنْ قَالَ بِما وَصَفْنَا، وَمِنْهُم مَنْ قَالَ: لا يَنْفَعُهُ الاسْتِبْرَاءُ؛ لأَنَّ الحَامِلَ قَدْ تَحِيضُ، وَمَتى جَاءَتِ الأَمَةُ الَّتِي أَقَرَّ سَيِّدُها بِوَطْئِها بِوَلَدٍ لِستَّةِ أَشْهُرٍ، فَصَاعِداً أَلْحقَ بِها؛ لأَنَّها فِرَاشٌ لَهُ.

قال أبو عمر: فَإِنْ أَنْكرَ أَنْ تَكُونَ وَلَدَتْهُ لَمْ يلْحَقْ بِهِ إلا أَنْ تَشْهدَ امْرَأَتَانِ عَدْلاَنِ عَلى أَنَّها وَلَدَتْهُ بَعْدَ إِقْرَارِهِ بِالوَطْءِ عِنْدَ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَلا بُدَّ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ يشْهَدْنَ عِنْدَهُ عَلى ذَلِكَ، فَلا يَجُوزُ عِنْدَهُ شَهادَةُ امْرَأَتَيْنِ إِلَّا مَعَ رَجُلٍ فِي الدُّيُونِ، وَمَا كَانَ مِثْلَها.

١٤١٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٤، من كتاب الأقضية، باب ٢٣ (القضاء في أمهات الأولاد)، وقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٧/ ١٣٢.

١٤١٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٥، من الكتاب والباب السابقين.

وَأَمَّا الشَّهَادَةُ على الوِلَادَةِ وَعلى عُيُوبِ النِّسَاءِ، فَلَا تَجُوزُ عِنْدَهُم بِالقَولِ مِنْ أَرْبعَةِ نِسْوَةٍ.

وَتَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ شهادَةُ امْرَأَتَيْنِ فِي ذَلِكَ.

وَأَمَّا الكُوفِيُّونَ، فَلَا يلْحقُ عِنْدَهُم وَلَدُ الأَمَةِ إلا بِدَعْوى السَّيِّد لَهُ، وَسَوَاءٌ أَقَرَّ بِوَطْئِها أَو لَم [تُقرَّ مَتى نَفَاهُ لَم يَلْحق بِهِ عِنْدَهُم كَانَتْ مِمَّن يخْرجُ ويَتصَرفُ، أَو لَمْ] تَكُنْ.

وَسلفُ الكُوفِيِّينَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ [ابْنُ عَبَّاس] وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، كَما أَنَّ سَلَفَ أَهْلِ الحِجَازِ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ.

رَوى شُعْبَةُ، عَنْ عمارَةَ بْنِ أبي حَفْصَةَ، عَنْ عكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: أَنَّهُ كَانَ يَأْتِي جَارِيَةً لَهُ فَحملَتْ، فَقَالَ: لَيْسَ مِنِّي، إِنِّي أَتَيْتُها إِتْياناً لَا أُرِيدُ بِهِ الوَلَدَ.

قال أبو عمر: يَعْنِي العَزْلَ.

وَرَوى سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، عِنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنْ خَارِجَةَ بْنِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ يعْزلُ عَنْ جَارِيَةٍ فَارِسِيَةٍ، فَجَاءَتْ بِحَمْلٍ، فَأَنْكَرَهُ، وَقَالَ: إِنِّي لَمْ أَكُنْ أُرِيدُ وَلَدَكِ.

وَرَوَى شُعْبَةَ، عَنْ قَتَادَةَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، قَالَ: وَلَدَتْ جَارِيَةٌ لِزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، فَقَالَ: إِنَّهُ لَيْسَ مِنِّي، وَإِنِّي كُنْتُ أَعْزِلُ عَنْها.

قال أبو عمر: احْتَجَّ الطَّحَاوِيُّ، لِلْكُوفِيِّينَ مِنْ جِهَةِ النَّظَرِ بِما قَدْ نَقضَهُ الشَّافِعيُّونَ، فَلَمْ أَرَ لِذِكْرِهِ وَجْهاً.

وَيَجُوزُ عِنْدَ الكُوفِيِّينَ فِي الوِلَادَةِ، وَفِي عُيُوبِ النِّساءِ الَّتِي لا يَطَّلِعُ عَلَيها الرِّجَالُ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ الفُقهاءِ الثَّلَاثَةِ سَلَفٌ قَالُوا بِقَولِهِم، وَعَدَدُ الشُّهودِ فِي الشَّهَادَاتِ أُصُولٌ فِي أَنْفُسِها لَا مَدْخَلَ لِلنَّظَرِ وَالقِيَاسِ فِيها.

قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا جَنَتْ جِنَايَةً، ضَمِنَ سَيِّدُهَا مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ قِيمَتِهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يسَلِّمَهَا، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحمِلَ مِنْ جِنَايَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ الفُقَهَاءُ فِي جِنَايَةِ أُمِّ الوَلَدِ.

فَمَذْهَبُ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ مَا ذَكَرَهُ فِي «المُوَطَّأ»، قَالُوا: لا سَبِيلَ إِلى [إِسْلام] أُمِّ الوَلَدِ بِجِنَايَتِها، وَعَلَى السَّيِّدِ الأَقَلُّ مِنْ أَرْشِ الجِنَايَةِ، أَو قِيمَةِ رَقَبَتِها إِنْ جَنت بَعْدَ ذَلِكَ كَانَ عَلَيْهِ إِخْرَاجُ قِيمتَها مَرَّةً ثَانِيَةً، وَكَذَلِكَ ثَالِثَةً وَرَابِعَةً، وَأَكْثَرَ.

وَهُوَ قَولُ زُفَرَ.

وَقَولُ الشَّافعيِّ المَشْهُورِ فِي أُمِّ الوَلَدِ أَنَّها لَا تسْلَمُ بِجِنَايَتِها، وَعَلى سَيِّدِها أَنْ

يَفْدِيها بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِها، أَو أَرْشِ الجِنَايَةِ، فَإِنْ عَادَتْ فَجَنَتْ، فَلَهُ فِيها قَولانِ:

(أَحَدُهما): كَقَولِ مَالِكٍ.

(والآخَرُ): أَنْ يَكُونَ المجنيُّ عَلَيهِ شَرِيكاً للأَوَّلِ فِيمَا أَخَذَ مِنْ قِيمَتِها إِذَا كَانَ الأَوَّلُ قَدِ اسْتَوفى قيمَتَها كُلَّها، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ اسْتَوْفَاهَا غرمَ السَّيِّدُ بَقِيَّةَ قِيمَتها، وَرَجَعَ المجنيُّ عَلَيهِ الثَّانِي عَلى الأَوَّلِ فَشَارَكَهُ بِبَاقِي أَرْشِ جِنَايَتِهِ، وَكَذلِكَ كُلُّ مَا جَنَتْ أَيضاً.

وَقَولُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي أُمِّ الوَلَدِ أَنَّهُ لا يسلمُها سَيِّدُها أَبداً لِجِنَايَتِها، وَعَلَيهِ أَنْ يَفْتَديهَا بَالأَقَلِّ مِنْ أَرْشِ الجِنَايَةِ، أَو قِيمَة رَقَبَتِها، فَإِنْ جَنَتْ بَعْدَ ذَلِكَ، فَالمَجْنِيُّ عَلَيهِ شَرِيكُ الأَوَّلِ.

وَقَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ فِي جِنَايَةِ أُمِّ الوَلَدِ: يُخيرُ مَوْلاها بَيْنَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْها جِنَايَتَها [وَبَيْنَ رَقَبَتِها]، فَإِنْ شَاءَ أَنْ يخليهَا سَعى فِي قِيمَتها لَيْسَ عَلى المولى.

وَروى بشرُ بْنُ الوَلِيدِ، عَنْ أَبِي يُوسُفَ قَالَ: سَأَلْتُ رَبِيعَةَ بْنَ أَبِي عَبْدِ الرَّحمٰنِ عَنْ أُمِّ وَلَدٍ قَتَلَتْ رَجُلاً؟ فَقَالَ لِمَوْلاهُ: أَدِّ دِيَةَ قَتِيلِها، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ، وَإِلا أَعْتَقَها عَلَيهِ، وَجَعَلَ دِيَةَ قَتِيلِها عَلى عَاقِلَتِها.

قال أبو عمر: وَهَذَا كُلُّهُ عَلى قولِ مَنْ لا يَرى بَيْعَ أُمَّهاتِ الأَوْلاَدِ وَلاَ يَقُولُ بِعِتْقِهِنَّ.

٢٤ ـ باب القضاء في عمارة الموات(١)

١٤١٩ ـ مالِكٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ.

١٤٢٠ ـ قَالَ مَالِكٌ: وَالْعِرْقُ الظَّالِمُ كُلُّ مَا احْتُفِرَ أَو أُخِذَ أَو غُرِسَ بِغَيْرِ حَقٍّ.

مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

---

(١) الموات: قال الجوهري: المُوات، بالضم: الموت، وبالفتح: ما لا روح فيه، والمقصود بالموات: الأرض التي لا مالك لها من الآدميين، ولا ينتفع بها أحد.

١٤١٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٦، من كتاب الأقضية، باب ٢٤ (القضاء في عمارة الموات)، وقد أخرجه البخاري من الحرث والمزارعة، باب ١٥ (من أحيا أرضاً مواتاً). في الترجمة. وأبو داود في الخراج حديث ٣٠٧٣، والترمذي في الأحكام حديث ١٣٧٨، وأحمد في المسند ٣/ ٣٣٨، ٣٨١.

١٤٢٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٧، من الكتاب والباب السابقين.

قال أبو عمر: لَمْ يُخْتَلَفْ عَلى مَالِكٍ فِي أَرْسَالِ هَذَا الحَدِيثِ عَنْ هِشَام [عَنْ أَبيهِ] وَقَدِ اخْتُلِفَ فِيهِ عَلى هِشَام، فَرَوَتْهُ طَائِفَةٌ، كَما رَوَاهُ مَالِكٌ مُرْسَلاً، وَهُوَ أَصَحُّ مَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ وَرَوَتْهُ طَائِفَةٌ عَنْ هِشَام، عَنْ وَهْبِ بْنِ كيسانِ، عَنْ جَابِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، وَرَوَاهُ آخَرُونَ، عَنْ هِشَام عَنْ عبيْدَ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ رَافِعٍ، عَنْ جَابِرٍ، وَمِنْهُم مَنْ يَقُولُ فِيهِ: عَنْ عُبَيدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ رَافعٍ، اضْطرَبُوا فِيهِ عَلى هِشَام كَثِيراً، وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَسَانِيدَ بِذَلِكَ فِي «التَّمْهِيدِ»، وَأَتَيْنَا بِاخْتِلافِ أَلْفاظِ النَّاقِلِينَ لَهُ، ذَلِكَ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

وَذَكَر عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعْمرٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، قَالَ: خَاصَمَ رَجُلٌ إِلى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ فِي أَرْضٍ حَازَها، فَقَالَ عُمَرُ: مَنْ أَحْيَا مِنْ مَيتِ الأَرْضِ شَيْئاً، فَهُوَ لَهُ، فَقَالَ لَهُ عُرْوَةُ: قَالَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَحْيَا شَيْئاً مِنْ مَيِّتِ الأَرْضِ، فَهُوَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ».

قَالَ عُرْوَةُ: وَالعِرْقُ الظَّالِمُ أَنْ يَنطَلِقَ الرَّجُلُ إِلى أَرْضِ غَيْرِهِ، فَيغْرِسُها.

أَخْبَرنا عَبْدُ اللَّهِ بْنِ مُحمدٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ بَكرٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثَنِي هَنادُ بْنُ السَّرِيِّ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدهُ، عَنْ مُحمدِ بْنِ إِسْحاقَ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ أَبِيهِ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قالَ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً، فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ».

قَالَ عُرْوَةُ: وَلَقَدْ حَدَّثَنِي الذي حَدَّثني هَذَا الحَدِيثَ أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، غَرَسَ أَحَدُهُما نَخلاً فِي أَرْضِ الآخرِ، فقَضَى لِصَاحِبِ الأَرْضِ بِأَرْضِهِ، وَأَمَرَ صَاحِبُ النَّخلِ أَنْ يُخْرِجَ نَخْلَهُ مِنْها.

قَالَ: فَلَقَدْ رَأَيْتُها، وَأَنَّها لَتُضْرَبُ أُصولها بالفُؤوسِ، وَأَنَّها لنخل عُمٌّ حتى أُخْرِجَتْ مِنْهَا.

وَحَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي مُحمَّدُ بْنُ بَكْرٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَحْمَدُ بْنُ عَبْدَةَ الآمُلِيُّ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُثْمَانَ، قَالَ: حَدَّثَنِي ابْنُ المُبَارَكِ، أَخْبَرَنا نَافِعُ بْنُ عُمَرَ الجمحيُّ، عَنِ ابْنِ أَبي مُلَيْكَةَ، عَنْ عُرْوَةَ، قَالَ: «أَشْهَدُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى أَنَّ الأَرْضَ أَرْضُ اللَّهِ، وَالعِبَادَ عِبادُ اللَّهِ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتاً، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»، جَاءَنَا بِهَذَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ الَّذِينَ جَاءُوا بِالصَّلَوَاتِ عَنْهُ(١).

قال أبو عمر: رِوَايَةُ يَحْيَى [بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ عُرْوَةَ]، وَرِوَايَةُ ابْنِ أَبي مُلَيْكَةَ، عَنْ

(١) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب ٣٧، حديث ٣٠٧٦.

عُرْوَةَ يَقْضِيَانِ عَلى أَنَّ مَنْ رَوى هَذا الحَدِيثَ مُرْسلاً كَما رَوَاهُ مَالِكٌ أَصَحُّ مِنْ رِوَايَةِ مَنْ أَسْنَدَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَيَشْهَدُ ذَلِكَ اخْتِلافُ الَّذِينَ أَسْنَدُوهُ فِي إِسْنَادِهِ.

وَقَدْ رَوَاهُ عَمْرُو بْنُ عَوفٍ المزنيُّ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، إِلَّا مِنْ حَدِيثِ كَثِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنُ عَوفٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، وكَثِيرٌ مَتْروكُ الحَدِيثِ.

[وَالحَديثُ] صَحِيحٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، وَقَدْ تَلَقَّاهُ العُلَماءُ بَالقَبُولِ.

وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّ مَعْنى قَولِهِ ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» أَنَّهُ الغَرسُ فِي أَرْضِ غَيْرِكَ.

عَلى هَذا خرجَ اللَّفْظُ المَقْصُودُ بِهِ إِلَى هَذَا المَعْنى، وَكُلُّ مَا كَانَ مِثْلَهُ، فَلَهُ حُكْمُهُ، وكَذَلِكَ فَسَّرَهُ عُرْوَةُ، وَهِشَامٌ، وَمَالِكٌ.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ؛ أَخْبَرَنِي مَالِكٌ، قَالَ هِشَامٌ: «العِرْقُ الظَّالِمُ أَنْ يغْرِسَ الرَّجُلُ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ؛ لِيَسْتَحِقَّهَا بِذَلِكَ».

قَالَ مَالِكٌ: وَالعِرْقُ الظَّالِمُ كُلُّ مَا أُخِذَ، وَاحْتُكِرَ، وَاغْتُرِسَ فِي غَيرِ حَقٍّ.

وأَمَّا قَولُهُ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً ميتةً» فَالمَيتَةُ البُورُ الشَّامِخُ مِنَ الشَّعواءِ وَمَا كَانَ مِثْلَها.

وإِحْيَاؤُها أَنْ يعْملَ حَتَّى تَعُودَ أَرْضاً بيضاء تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ مَزْرُوعَةً بَعْدَ حَالِها الأَوَّلِ، فَإِنْ غَرَسَها بَعْدَ ذَلِكَ، أَو زَرَعَها، فَهُوَ أَبْلَغُ فِي إِحْيَائِها.

وَهُوَ مَا لا خِلافَ فِيهِ، فَاخْتُلِفَ فِي التَّحجِيرِ عَلَيها بِالحِيطَانِ، هَلْ يَكُونَ ذَلِكَ إِحْيَاءَ لَها أَمْ لا؟.

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: لَا يعْرفُ مَالِكٌ التَّحْجيرَ إِحْيَاءَ، وَلَا مَا رُوِيَ «مَنْ حجر أَرْضاً، وَتَرَكَها ثَلاثَ سِنِينَ، فَإِنْ أَحْيَاهَا، وَإِلا فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا». لَا يَعْرفُ مَالِكٌ ذَلِكَ، وَإِنَّما الإِحْيَاءُ عِنْدَهُ فِي مَيتِ الأَرْضِ: شقُّ الأَنْهارِ، وَحَفْرُ الآبارِ والعُيُونِ، وَغَرسُ الشَّجَرِ، وَالحَرثُ.

وَقالَ أَشْهَبُ: لَو نَزلَ قَومٌ مِنْ أَرْضِ البَرِيَّةِ، فَجَعَلُوا ويَزْرَعُونَ مَا حَولَها، فَذَلِكَ إِحْيَاءٌ لَها؛ وَهُمْ أَحَقُّ بِها مِنْ غَيرِهِمْ مَا أَقَامُوا عَلَيها.

قال أبو عمر: هَذَا كُلُّهُ إِنَّمَا هُوَ فِي المَوَاتِ الَّذِي لا يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ بِاكْتِسَابٍ، أَو مِيرَاثٍ، وَأَمَّا مَا عُرِفَ لَهُ مَالِكٌ بِاكْتِسَابٍ، أَو مِيرَاثٍ، فَلَيْسَ مِنَ المَوَاتِ الَّذِي يُعْرف يَكُونُ لِمَنْ أَحْيَاهُ.

وَقَدْ قَالَ: مَنْ أَحْيَا أَرْضاً، ثُمَّ تَرَكَها حَتَّى دَثَرَتْ، وَطَالَ زَمَانُها وَهَلَكَتِ

الأَشْجَارُ، وَتَهَدَّمَتِ الآبَارُ، وَعَادَتْ كَأَوَّلِ مَرَّةٍ، ثُمَّ أَحْيَاهَا غَيْرُهُ، فَهِيَ لِمُحْيِيها الثَّانِي، بِخِلاف مَا يَمْلُكُهُ بخطهِ، أَو شِراءٍ.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: بَلَادُ المُسْلِمِينَ شَيْئان: عَامِرٌ وَمَوَاتٌ، فَالعَامِرُ لأَهْلِهِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَصْلُحُ بِهِ العَامِرُ مِنْ قناءٍ وَطَرِيقٍ، وَسُبُلِ مَاءٍ وَغَيْرِهِ، فَهُوَ كَالعَامِرِ فِي أَنْ لَا يملكَ عَلى أَهْلِهِ إِلا بِإِذْنِهِمْ.

قَالَ: وَالمَوَاتُ شَيْئَانِ:

مَوَاتٌ قَدْ كَانَ عَامِراً لأَهْلِهِ، مَعْرُوفاً فِي الإِسْلَام، ثُمَّ ذَهَبَتْ عَنْهُ عمارَتُهُ، فَصَارَ مَوَاتاً، فَذَلِكَ كَالعَامِرِ هُوَ لأَهْلِهِ أَبداً، لَا يملكُ عَلَيهِمْ إِلا بِإِذْنِهِمْ.

وَالْمَوَاتُ الثَّانِي: مَا لَم يَمْلكْهُ [أَحدٌ] في الإِسْلام، وَلَا عُمِّرَ فِي الجَاهِلِيَّةِ [عمارةَ ورثْته فِي الإِسْلَام]، فَذَلِكَ المَوَاتُ الَّذِي قَالَ فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيتةً، فَهِيَ لَهُ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتاً، فَهُوَ لَهُ».

قَالَ الشَّافعيُّ: وَالإِحْيَاءُ مَا عرفَهُ النَّاسُ إِحْيَاء لِمِثْلِ الْمحيا إِنْ كَانَ مسْكَناً فَإِنه يبني بِنَاءَ مِثْله، أَو مَا يَقْربُ مِنْهُ.

قَالَ: وَأَقَلُّ عِمَارَةِ الأَرْضِ الزَّرْعُ فِيها، وحَفْرُ البئْرِ، وَنَحْوُ ذَلِكَ.

قَالَ: وَمَنِ اقْتَطَعَ أَرضاً، وَجحَدَها وَلَمْ يعمرْها، رَأَيْتُ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يَقُولَ لَهُ: إِنْ أَحْيَيْتَهَا، وَإِلَّا خَلَّينا بَيْنَها وَبَيْنَ مَنْ يُحْيِيهَا، فَإِنْ تأجلهُ رَأَيْتُ أَنْ يَفْعَلَ.

قَالَ: فَإِذَا أَحيا الأَرْضَ بِمَا تُحْيَى بِهِ مَلَكَها ملْكاً صَحيحاً لَمْ تَخرُجْ عَنْهُ أَبداً، وَلَا عَنْ وَرَثَتِهِ بَعْدَهُ إِلَّا بما تَخرجُ بِهِ الأَمْلَاكُ عَنْ أَرْبَابِها.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَمَذْهَبُهُ أَنَّ كُلَّ الأَرْضِ يملكُها مُسْلِمٌ، أَو ذِمِّيٌّ، لَا يَزُولُ ملْكُها عَنْها بِخَرَابِها، وَكُلُّ مَا قربَ مِنَ العُمْرَانِ، فَلَيْسَ بِمَوَاتٍ، وَمَا بَعُدَ مِنْهُ، فَلَمْ يُملكْ قبلَ ذَلِكَ، فَهُوَ مَوَاتٌ.

وَهَذَا كُلُّهُ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبِي يُوسُفَ، وَمُحمدٍ.

وذَكَر أَصْحابُ «الإِمْلاءِ» عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَوَاتَ هُوَ الَّذِي إِذَا وقفَ رَجُلٌ عَلى أَدْنَاهُ مِنَ العَامِرِ، فَنَادَى بِأَعْلى صَوتِهِ، لَم يَسْمَعْهُ مَنْ فِي أَقْرَبِ العَامِرِ إِلَيْهِ.

وَاخْتَلَفُوا هَلْ يَحْتَاجُ فِي إِحْيَاءِ المَوَاتِ إِلى إِذْنَ الإِمَامِ، أَمْ لَا يصح الإِحْيَاءُ لِلْمَوَاتِ إِلَّا بِإِقْطَاعٍ مِنَ الإِمَامِ؟.

فَقَالَ مَالِكٌ: أَمَّا مَا كَانَ قَرِيباً مِنَ العُمْرَانِ، فَلا يُحَازُ، وَلَا يُعَمَّرُ إِلا بِإِذْنِ الإِمَامِ، وَأَمَّا مَا كَانَ فِي الأَرْضِ، فَلَكَ أَنْ تحْيِيَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يحييَ مَوَاتاً مِنَ الأَرْضِ إلا بِإِذْنِ الإِمَامِ، وَلَا يملكُ مِنْهُ شَيْئاً إلا بِتَمْلِيكِ الإِمَامِ لَهُ إِيَّاهُ.

قال أبو عمر: التَّمْلِيكُ مِنَ الإِمَامِ هُوَ إِقْطاعُهُ لِمَنْ أَقْطَعَهُ إِيَّاهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمدٌ، وَالشَّافِعِيُّ: مَنْ أَحْيَا مَوَاتاً مِنَ الأَرْضِ، فَقَدْ مَلَكَهُ أَذِنَ الإِمَامُ فِي ذَلِكَ أَمْ لَمْ يَأْذَنْ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَعَطِيةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَّةٌ لِكُلِّ مَنْ أَحْيَا مَوَاتاً أَثْبَتُ مِنْ [عَطِيَّةِ] مَنْ بَعْدَهُ مِنْ سُلْطَانٍ، أو غَيْرِهِ.

وَهُوَ قَولُ أَحْمَدَ، وإِسْحاقَ، وَأَبِي ثَورٍ، [وَدَاوُدَ]، وَقَولُهم فِي هَذَا البَابِ كُلِّهِ نَحْوُ قَولِ الشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ: مَنْ ملَّكَهُ الإِمَامُ مَوَاتاً، فَأَحْيَاهُ، وَأَخْرَجَهُ مِنَ المَوَاتِ إِلى العُمْرانِ فِيمَا بَيْنَهُ، وَبَيْنَ ثَلاثِ سِنِينَ، ثُمَّ ملكَهُ فِيهِ، وَإِنْ تَركَهُ، وَلَمْ يُعمرْهُ حَتَّى مَضَتْ ثَلَاثُ سِنِينَ بَطَلَ إِقْطاعُ الإِمَامِ إِيَّاهُ ذَلِكَ، وَعَادَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيهِ قَبْلَ إِقْطَاعِ الإِمَامِ ذَلِكَ.

قال أبو عمر: لَيْسَ [عِنْدَ] مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَصْحَابِهما، وَمَنْ ذَكَرْنَا مَعَهُما فِي ذَلِكَ حَدٌّ، وَإِنَّما هُوَ اجْتِهَادُ الإِمَامِ يُؤَجِّلهُ عَلى حَسبِ مَا يَراهُ فَإِن عمرَهُ، وَإِلاَّ يقْطعُهُ غَيْرَهُ مِمَّنْ يعمرُهُ.

قال أبو عمر: ذَهَبَتْ طَائِفَةٌ مِنَ التَّابِعِينَ، وَمَنْ بَعْدَهُمْ إِلى أَنَّ مَنْ حجرَ عَلى مَوَاتٍ، فَقَد ملكَهُ.

وَاحْتَجُّوا بِما رَواهُ شُعْبَةُ وَغَيرُهُ عَنْ قَتَادَةَ، عَنِ الحَسَنِ، عَنْ سَمُرَةَ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلى أَرْضٍ، فَهُوَ لَهُ»[1].

وَرَوى عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعمرٍ، عَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: كَانَ النَّاسُ يَتحجرونَ عَلى عَهْدِ عُمَرَ فِي الأَرْضِ الَّتِي لَيْسَتْ لأَحَدٍ، فَقَالَ عُمَرُ: مَنْ أَحْيَا أَرْضاً فَهِيَ لَهُ.

وَهَذَا ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ عَلى أَنَّ التَّحجيرَ غَيْرُ الإِحْيَاءِ عَلى مَا قَالَهُ أَكْثَرُ العُلَماءِ.

وَرَوَى ابْنُ عُيَيْنَةَ عَنِ ابْنِ أَبِي نجيحٍ، عَنْ عَمْرُو بْنِ شُعَيبٍ [عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ] أَنَّ النبيَّ ﷺ أَقْطَعَ نَاساً مِنْ جُهَيْنَةَ، [أَوْ مُزَينَةَ] أَرْضاً، فَعَطلُوها، فَجاءَ قَومٌ، فَعمرُوها،

---

(١) أخرجه أبو داود في الإمارة باب ٣٨، وأحمد في المسند ٣/ ٣٨١، ٥/ ١٢، ٢١.

فَخاصَمَهُمْ أَصحَابُ الأَرْضِ إلى عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ ـ رَضي اللَّهُ عنهُ ـ فَقالَ عُمَرُ: لَو كَانَتْ قطيعةً مِنْ أَبِي بَكْرٍ، أَو مِنِّي، لَمْ أَرُدَّها إِلَيْكُمْ وَلَكِنَّها قَطيعةٌ مِنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، لَا نَسْتَطِيعُ إلا أَنْ أَرُدَّها، فَرَدَّها إِلَيْهِم، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: مَنْ أَقْطَعَ أَرْضاً، فعطلَها صَاحِبُها ثَلاثَ سِنِينَ، ثُمَّ أَحْيَاها غَيْرُهُ، فَهُوَ أَحَقُّ بِها.

٢٥ ـ باب القضاء في المياه

١٤٢١ ـ مَالِكٌ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أبي بَكْرِ بْنِ مُحَمد بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ، فِي سَيْلِ مَهْزُورٍ وَمُذَيْنِبٍ[1]: «يُمْسَكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُ الأَعْلَى عَلَى الأَسْفَلِ».

لَمْ يُخْتَلَفْ فِي إِرْسَالِ هَذَا الحَدِيثِ فِي «المُوطَّإ»، وَقَدْ رُوِيَ مُسْنَداً مِنْ رِوَايَةِ أَهْلِ المَدِينَةِ.

أَخْبَرنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ [قَالَ: حَدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ بَكرٍ]، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثَنِي مُحمَّدُ بْنُ العَلاءِ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو أُسَامَةَ عَنِ الوَلِيدِ بْنِ كثيرٍ، عَنْ أَبِي مَالِكِ بْنِ ثَعْلَبَةَ، عَنْ أَبِيهِ ثَعْلَبَةَ بْنِ أَبي مِالِكٍ أَنَّهُ سَمعَ كُبرَاءَهُم يَذْكُرُونَ أَنَّ رَجُلاً مِنْ قُرَيْشٍ كَانَ لَهُ سَهْمٌ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ فَخاصَمَ إِلى النبيِّ ﷺ فِي مَهْزُورٍ [يَعْنِي السَّيْلَ] الَّذِي يَقْتَسِمُونَ مَاءَهُ، فَقَضَى بَيْنَهُم رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ المَاءَ إِلَى الكَعْبَيْنِ، لَا يحْبِسُ الأَعْلَى عَنِ الأَسْفَلِ[2].

وَحَدَّثَنِي خَلَفُ بْنُ القَاسِمِ، قَالَ: حَدَّثَنِي بَكْرُ بْنُ عَبْدِ الرَّحمٰنِ العَطَّارُ بِمَصْرَ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَحْمَدُ بْنُ سُلَيمانَ بْنِ صَالِحِ بْنِ صَفْوَانَ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو صَالحٍ الحرانيُّ عَبْدُ الغفَّار بْنُ دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ سَلَمَةَ، عَنْ مُحمدِ بْنِ إسحاقَ، عَنْ أَبِي مَالِكِ بْنِ ثَعْلَبَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ النَّبيَّ ﷺ أَتَاهُ أَهْلُ مَهْزُورٍ، فَقضى أَنَّ المَاءِ إِذَا بَلَغَ الكَعْبَيْنِ لَمْ يحْبسِ الأَعْلَى[3].

وَأَخْبَرنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ بكرٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَحْمَدُ بْنُ عَبْدَةَ قَالَ: حَدَّثَنِي المُغِيرَةُ بْنُ عَبْدِ الرَّحمٰنِ، قَالَ:

١٤٢١ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٨، من كتاب الأقضية، باب ٢٥ (القضاء في المياه)، وقد أخرجه موصولاً، أبو داود في الأقضية، حديث ٣٦٣٨، وابن ماجه في الرهون، باب ٢٠ (الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء).

(١) مهزور ومذينب: هما واديان يسيلان بالمطر بالمدينة، يتنافس أهل المدينة في سيلهما.

(٢) أخرجه أبو داود في الأقضية باب ٣١، حديث ٣٦٣٨.

(٣) انظر الحاشية السابقة.

أَخْبَرَنِي أَبِي - عَبْدُ الرَّحمٰنِ بْنُ الحَارِثِ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى فِي سَيْلِ مَهْزُورٍ أَنْ يمسكَ حَتَّى يَبْلُغَ الكَعْبَيْنِ، ثُمَّ يرسَلُ الأَعْلَى عَلَى الأَسْفَلِ[1].

قال أبو عمر: لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الأَحَادِيثِ المُسْنَدَةِ ذِكْرُ مُذَيْنِبٍ، ومَهْزُورٍ، وَادِيَانِ بِالمَدِينَةِ مَعْرُوفَانِ يَسْتَوِيَانِ يَسِيلانِ بِالمَطَرِ، وَيَتَنَافَسُ أَهْلُ المَدِينَةِ فِي سَيْلِهِما، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي سَيْلِهِما أَنَّهُ للأَعْلَى فَأَعْلَى، وَالأَقْرَبُ إِلى السَّيْلِ فَالأَقْرَبُ يمْسكُ الأَعْلى جَمِيعَ المَاءِ حَتَّى يبْلغَ الكَعْبينِ، ثُمَّ يُرْسِلَهُ إِلى مَنْ تَحْتَهُ مِمَّنْ يَلِيهِ.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ معمرٍ، عَنْ الزُّهريِّ، قَالَ: نَظَرنا فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «احْبسِ المَاءَ حَتَّى يبلغَ الجدْرَ» فَكَانَ إِلى الكَعْبَيْنِ.

قال أبو عمر: قَوْلُهُ: حَتَّى يَبْلغَ الجدرَ كَلامٌ وَرَدَ فِي حَدِيثِ الزُّهريِّ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ فِي خصُومَةٍ مَعَ الأَنْصَارِ فِي شِرَاجِ الحرَّةِ[2]، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بَإِسْنَادِهِ فِي «التَّمْهِيدِ» مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ، عَنِ اللَّيْثِ وَيُونُسَ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ الزُّهريِّ.

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِيمَا يرْسلُ الأَعلى مِنَ المَاءِ عَلى الأَسْفَلِ بَعْدَ بُلوغِ المَاءِ إِلى الكَعْبَيْنِ.

فَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ، عَنْ مُطرفٍ، وَابْنِ الماجشونِ أَنَّهُ يصْرفُ الأَعْلى مِنَ المَاءِ مَا زَادَ عَلى مِقْدارِ الكَعْبَيْنِ إِلى مَنْ يَلِيهِ، وَالَّذِي يَلِيهِ كَذَلِكَ أَيضاً، هَكَذَا أَبداً مَا بَقِي شَيْءٌ مِنَ المَاءِ.

قَالَ: وَقَالَهُ ابْنُ وَهْبٍ، قَالَ: وَقالَ ابْنُ القَاسِمِ: بَلْ يُرسلُ المَاءَ كُلُّهُ إِذا بَلَغَ الكَعْبَيْنِ إِلى جَارِهِ الَّذِي تَحْتَهُ، وَلَا يحْبسُ مِنْهُ شَيْئاً، وَكَذَلِكَ يصْنَعُ الَّذِي تَحْتَهُ بَالَّذِي يَليهِ أَيضاً إِذَا بَلَغَ المَاءُ فِي أَرْضِهِ إِلى الكَعْبَيْنِ أَرْسَلَ المَاءَ كُلَّهُ إِلى مَنْ تَحْتَهُ.

---

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب ٣١، حديث ٣٦٦٩، وابن ماجه في الرهون باب ٢٠.

(٢) لفظ الحديث: عن الزهري قال: أخبرني عروة بن الزبير أن الزبير كان يحدّث أنه خاصم رجلاً من الأنصار قد شهد بدراً إلى رسول الله ﷺ في شراج من الحرة كانا يسقيان به كلاهما، فقال رسول الله ﷺ للزبير: اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك، فغضب الأنصاري فقال: يا رسول الله إن كان ابن عمتك، فتلّون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: اسق ثم احبس حتى يبلغ الجدر.

أخرجه البخاري في تفسير سورة ٤، باب ١٢، والصلح باب ١٢، والمساقاة باب ٦، ٧، ٨، ومسلم في الفضائل حديث ١٢٩، وأبو داود في الأقضية باب ٣١، والترمذي في الأحكام باب ٢٦، وتفسير سورة ٤، باب ١٣، وابن ماجه في المقدمة باب ٢، والرهون باب ٢، والنسائي في القضاة باب ١٩، ٢٧، وأحمد في المسند ١/ ١٦٦، ٤/ ٥.

وَرَوَى زِيَادٌ، عَنْ مَالِكٍ، قَالَ: تَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ يَجِدَ فِي الأَوَّلِ الَّذِي حِائِطُهُ أَقْرَبُ إِلى المَاءِ يجْرِي الماءُ فِي سَاقِيَتِهِ إِلى حَائِطِهِ بِقَدْرِ مَا يَكُونُ المَاءُ فِي السَّاقِيَةِ إِلى حَدِّ كَعْبَيْهِ، فَيُجْزِئُهُ كَذَلِكَ [فِي حَائِطِهِ حَتَّى يَرْوِيَهُ، ثُمَّ يَفْعَلُ الَّذِي يَلِيهِ كَذَلِكَ، ثُمَّ الَّذِي يَلِيهِ كَذَلِكَ] مَا بَقِيَ مِنَ المَاءِ شَيْءٌ.

قَالَ: وَهَذِهِ السُّنَّةُ فِيهِمَا، وَفِيمَا يُشْبِهُهُمَا مِمَّا لَيْسَ لأَحَدٍ فِيها حَقٌّ مُعَيَّنٌ، الأَوَّلُ أَحَقُّ بَالتَّبْدِئَةِ، ثُمَّ الَّذِي يَلِيهِ إِلى آخِرِهم رَجُلاً(*).

٢٦ ـ باب القضاء في المرفق(١)

١٤٢٤ ـ مَالِكٌ، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ».

هكذَا هَذَا الحَدِيثُ فِي «المُوَطَّإِ» عِنْدَ جَمِيعِ الرُّوَاةِ مُرْسَلاً، وَقَدْ رَوَاهُ الدَّرَاوَرْدِيُّ، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الخُدرِيِّ مُسْنَداً.

حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدِ بْنِ يُوسُفَ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَحْمَدُ بْنُ مُحمدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الفَرجِ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو عَلِيٍّ؛ الحَسَنُ بْنُ سُليمانَ ـ قبيطة ـ قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ المَلِكِ بْنُ مُعاذٍ النصيبيُّ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ العَزِيزِ بْنُ مُحَمَّدٍ الدَّرَاوَرْدِيُّ، عَنْ عمرو بن يحيى بْنِ عمارَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الخُدرِيِّ قالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، مَنْ أَضَرَّ أَضَرَّ اللَّهُ بِهِ، وَمَنْ شَاقَّ شَاقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ»(٢).

(*) أسقط المؤلف من هذا الباب في الموطأ حديثين لم يذكرهما، وهما.

١٤٢٢ ـ وهو في الموطأ برقم ٢٩، من الكتاب والباب السابقين، ولفظه: «مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: لا يُمنع فضل الماء يمنع به الكلأ».

وقد أخرجه البخاري في الشرب والمساقاة، باب ٢ (من قال إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى) حديث ٢٣٥٣، ومسلم في المساقاة، باب ٨ (تحريم بيع فضل الماء) حديث ٣٦، وأبو داود في البيوع حديث ٣٤٧٣، والترمذي في البيوع حديث ١٢٧٢، وابن ماجه في الرهون حديث ٢٤٧٨، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١٥١.

١٤٢٣ ـ وهو في الموطأ برقم ٣٠، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه ابن ماجه في الأحكام حديث ٢٤٩٧، وأحمد في المسند ٦/ ١١٢، ١٣٩، ٢٥٢، ٢٦٨.

(١) المرفق: بفتح الميم وكسر الفاء، وبفتح وكسر الميم: ما ارتفق به، ومنه مرفق الإنسان، ومنه قوله تعالى: ﴿ويهيء لكم من أمركم مرفقاً﴾ [الكهف: ١٦].

١٤٢٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣١، من كتاب الأقضية، باب ٢٦ (القضاء في المرفق) وقد أخرجه موصولاً عن عبادة بن الصامت. ابن ماجه في الأحكام حديث ٢٣٤٠، ٢٣٤١، وأحمد في المسند ١/ ٣١٣، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٦٩.

(٢) أخرجه البخاري في الأحكام باب ٩، وأبو داود في الأقضية باب ٣١، والترمذي في البر باب ٢٧، وابن ماجه في الأحكام باب ١٧، وأحمد في المسند ٣/ ٤٥٣.

قال أبو عمر: قَوْلُهُ: «لا ضَرَرَ، وَلاَ ضِرَارَ»، قِيلَ فِيهِ أَقْوَالٌ: أَحَدُهَا: أَنَّهما لَفظَتانِ بِمَعْنَى وَاحِدٍ، فَتَكَلَّمَ بِهما جَمِيعاً عَلى مَعْنى التَّأْكِيدِ، وَقِيلَ: بَلْ هُمَا بِمَعْنى القَتْلِ والقِتَالِ، كَأَنَّهُ قَالَ: لا يَضُرُّ أَحَدٌ أَحداً ابْتِدَاءً، وَلاَ يَضرُّهُ إِنْ ضَرَّهُ، وَلْيَصْبِرْ، وَهِيَ مُفَاعِلَةٌ، وَإِنِ انْتَصَرَ، فَلا يَعْتَدِي ونَحو هَذا كَمَا قَالَ: «وَلا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»[1] يُرِيدُ بِأَكْثَرَ مِنِ انْتِصَارِكَ مِنْهُ بَالسَّوَارِ، أَو لمنْ صَبرَ، وَغَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الأُمُورِ.

وَقَالَ ابْنُ حبيبٍ: الضَّرَرُ عِنْدَ أَهْلِ العَرَبِيَّةِ الاسْمُ، وَالضرارُ الفِعلُ، قَالَ: وَالمَعْنَى: لَا يُدْخِلْ عَلى أَحَدٍ ضَرَراً [لَمْ يُدْخِلْهُ عَلى نَفْسِهِ، ومعنى لا ضِرَارَ لا يُضَارُ أَحَدٌ بِأَحَدٍ هَذَا مَا حَكَى ابْنُ حَبِيبٍ].

وَقَالَ الخشنيُّ: الضَّرَرُ الَّذِي لَكَ فِيهِ مَنْفَعَةٌ، وَعَلى جَارِكَ فِيهِ مضرَّةٌ، [وَالضّرارُ مَا لَيْسَ لَكَ فِيهِ مَنْفَعَةٌ، وَعَلى جَارِكَ فِيهِ مضرَّةٌ].

وَهَذَا وَجهٌ حَسَنٌ فِي الحَدِيثِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَهُوَ لَفظٌ عَامٌّ مُتَصرِّفٌ فِي أَكْثَرِ أُمُورِ الدُّنيَا، وَلا يَكَادُ أَنْ يحاطَ بِوَصْفِهِ إلا أَنَّ الفُقَهاءَ يَنْزِعُونَ بِهِ فِي أَشْياءَ مُخْتَلِفَةٍ يَأْتِي ذِكْرُها فِي أَبْوَابِها - إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجلَّ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْهَا طَرفاً دَالاً عَلى مَا سِوَاهُ فِي «التَّمهِيدِ».

حَدَّثَنِي خَلفُ بْنُ قَاسِمٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَحْمَدُ بْنُ صَالحِ المقرىءُ - وَحَدَّثَنِي أَحْمَدُ بْنُ فتحٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ حَامِدِ بْنِ ثرثالٍ - قَالَا: حَدَّثَنَا أَبُو عَلِيٍّ الحَسَنُ بْنُ الطَّيبِ الكُوفِيُّ - وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ فتحِ الشجاعيُّ البلخيُّ - قَالَ: حَدَّثَنِي سَعِيدُ بْنُ أَبِي الرَّبِيعِ السَّمَّانُ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَنْبَسَةُ بْنُ سَعِيدٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي فرْقَدٌ السبخيُّ، عَنْ مرَّةَ الطَّيبِ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَلْعُونٌ مَنْ ضَارَّ أَخَاهُ المُسْلِمَ، أَو مَا كَرهَ»[2].

أَخْبَرنا خلفُ بْنُ سَعِيدٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنِ مُحمدٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَحْمَدُ بْنُ خَالِدٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي إِسْحاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ معمرٍ، عَنْ جَابِرِ الجعفيِّ، عَنْ عِكْرِمةَ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا ضَرَرَ، وَلَا ضِرَارَ، وَلِلرَّجُلِ أَنْ يغرزَ خَشبَةً فِي حَائِطِ جَارِهِ»[3].

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع باب ٧٩، والترمذي في البيوع باب ٣٨، والدارمي في البيوع باب ٥٧، وأحمد في المسند ٣/ ٤١٤.

(٢) أخرجه الترمذي في البر والصلة، باب ٢٧، بلفظ: ملعون من ضارّ مؤمناً ومكر به.

(٣) أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب ١٥، وأحمد في المسند ١/ ٣١٣، ٣/ ٤٨٠.

١٤٢٥ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ الأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لاَ يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جارَهُ خَشَبَةً يَغْرِزُهَا فِي جِدَارِهِ» ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ: مَالِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ.

هَكَذَا هَذا الحَدِيثُ بِهَذا الإِسْنَادِ فِي «المُوَطَّأ»، وَقَدْ رُوِيَ فِيهِ عَنْ مَالِكٍ إِسْنَادٌ آخرُ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الأعرجِ، عَنْ أَبي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، وَالإِسْنَادُ الأَوَّلُ هُوَ المَحْفُوظُ عَلى أنَّهُ قَدِ اخْتُلِفَ فِيهِ عَنِ ابْنِ شِهابٍ، وَقَدْ ذَكَرْنا ذَلِكَ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَقالَ جَماعَةٌ مِنْ أَصْحابِ ابْنِ شِهابٍ فِيهِ: إِذَا اسْتَأْذَنَ أَحَدُكُمْ جارَهُ أَنْ يغْرزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ، فَلا يَمْنَعْهُ، وَبَعْضُهم يَقُولُ فِيهِ: مَنْ سَأَلَهُ جَارُهُ، وَإِذَا سَأَلَ أَحَدُكُمْ جَارُهُ، وَالمَعْنى كُلُّهُ سَوَاءٌ.

قَالَ يُونُسُ بْنُ عَبْدِ الأَعْلى: سَأَلْتُ ابْنَ وَهْبٍ عَنْ خشبةٍ، أو خشبةَ، فَقالَ: سَمِعْتُهُ مِنْ جَماعَةٍ خشبة؛ يَعْنِي عَلى لَفْظِ الوَاحِدِ.

وَاخْتَلَفَ الفُقهاءُ فِي مَعْنى هَذا الحَدِيثِ:

فَقالَ مِنهُم قَائِلُونَ: مَعْناهُ النَّدْبُ إلى بِرِّ الجَارِ، وَالتجاوُزِ لَهُ وَالإِحْسَانِ إِلَيْهِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ عَلى الوُجُوبِ.

وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ؛ مَالِكٌ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهما.

وَمِنْ حُجَّتِهِمْ قَوْلُهُ ﷺ: «لا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[1].

وَذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَم، عَنْ مَالِكٍ، قَالَ: لَيْسَ يُقْضى على رَجُلٍ أَنْ يغرزَ خَشَبةً فِي جِدَارِهِ لِجَارِهِ، وَإِنَّما نرى أَنَّ ذَلِكَ كَانَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ على الوِصَايَةِ بِالجَارِ.

قَالَ: وَمَنْ أَعَارَ صَاحِبَهُ خَشبةً يغرزُها فِي جِدَارِهِ، ثُمَّ أَغْضَبَهُ فَأَرَادَ أَنْ ينْزِعَها، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَأَمَّا إِنِ احْتَاجَ إِلَى ذَلِكَ بِأَمْرٍ نَزَلَ بِهِ، فَذَلِكَ لَهُ.

قَالَ: وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَ دَارَهُ، فَقالَ: انْزَعْ خَشَبَكَ فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ: مَعْنى الحَدِيثِ المَذْكُورِ الاخْتِيارُ، وَالنَّدْبُ فِي إِسْعَافِ

١٤٢٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٢، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البخاري في المظالم والغصب، باب ٢٠ (لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره) حديث ٢٤٦٣، ومسلم في المساقاة، باب ٢٩ (غرز الخشبة في جدار الجار) حديث ١٣٦، وأبو داود في الأقضية حديث ٣٦٣٤، والترمذي في الأحكام حديث ١٣٥٣، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٣٣٥، وأحمد، في المسند ٢/ ٢٣٠، ٢٤٠، ٣٢٧، ٣٩٦.

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

الجَارِ وَبِرِّهِ ـ إذا سَأَلَهُ ذَلِكَ ـ وَهُوَ مِثْلُ مَعْنى قَولِهِ ﷺ: «إِذَا اسْتَأْذَنَتْ أَحَدَكُم امْرَأَتُهُ إِلى المَسْجِدِ، فَلا يَمْنَعْها»[١]، وَهَذا مَعْناهُ عِنْدَ الجَمِيعِ النَّدْبُ عَلى حَسَبِ مَا يراهُ الزَّوجُ مِنَ الصَّلَاحِ وَالخَيْرِ فِي ذَلِكَ.

وَقالَ ابْنُ القَاسِمِ: سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ حَدِيثِ النَّبيِّ ﷺ: «لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَن يغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ».

قَالَ مَالِكٌ: مَا أرى أَنْ يَقْضيَ بِهِ، وَمَا أراهُ إلا مِنْ وَجْهِ المَعْرُوفِ مِنَ النَّبيِّ ﷺ.

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ كَانَ لَهُ حَائِطٌ، فَأَرَادَ جارُهُ أن يَبْنِيَ عَلَيهِ سُتْرَةً يَسْتَتِرُ بِها مِنْهُ؟.

قَالَ: لَا أرى ذَلِكَ لَهُ إلا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ.

وَقالَ آخَرُونَ: ذَلِكَ عَلى الوُجُوبِ إِذَا لَمْ تَكُنْ فِي ذَلِكَ مضَرَّةٌ بَيِّنَةٌ عَلى صَاحِبِ الجِدَارِ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذا: الشَّافِعيُّ، وَأَصْحَابُهُ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ، وَأَبُو ثَورٍ، وَدَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ، وَجَماعَةُ أَهْلِ الحَدِيثِ؛ لِنَهْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يمْنَعَ الجَارُ جَارَهُ مِنْ ذَلِكَ، أَلَا تَرى أَنَّ هُرَيْرَةَ رَأى الحُجَّةَ فِيمَا سَمِعَهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلى مَا أرى مِنْ ذَلِكَ، وَقَالَ: وَاللَّهِ لأرْمِيَنَّ بِها بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ، وَهَذا بَيِّنٌ فِي حَمْلِهِ ذَلِكَ عَلى الوُجُوبِ عَلَيْهِم، وَلَو كَرِهُوا، ولولَا أَنَّهُ فهِمَ فِيمَا سَمِعَ مِنَ النَّبيِّ ﷺ مَعْنى الوُجُوبِ مَا كانَ ليوجب عَلَيهم غَيرَ وَاجِبٍ.

وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، قَضى بِهِ عَلى مُحمدِ بْنِ مسْلمةَ للضَّحاكِ بْنِ خَلِيفَةَ.

وَقضى بِمِثْلِ ذَلِكَ لِعَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَوفٍ على جَدِّ يَحْيَى بْنِ عَمارَةَ الأَنْصارِيِّ.

وَالقَضاءُ بِالمرْفقِ خَارِجٌ بالسُّنَةِ عَنْ مَعْنى قَولِهِ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِم إلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»؛ لأَنَّ هَذا مَعْناهُ التَّمْلِيكُ، والاسْتِهلاكُ، وَلَيْسَ المِرْفَقُ مِنْ ذَلِكَ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدْ فرقَ فِي الحكْمِ بَيْنَهُما فَغير وَاجِبٍ أَنْ يَجْمعَ مَا فرقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

وَحكى مَالِكٌ أنهُ كَانَ بِالمَدِينَةِ قَاضٍ يَقْضِي بِهِ يُسَمَّى «المُطَّلِبُ».

وَرَوى ابْنُ نَافِعٍ أَنَّهُ سُئلَ عَنْ مَعْنى قَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «لَا يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ

---

(١) أخرجه البخاري في الأذان باب ١٦٦، والنكاح باب ١١٦، ومسلم في الصلاة حديث ١٣٤، ١٣٥، ١٣٧، ١٤٠، وابن ماجه في المساجد باب ١٥، والدارمي في المقدمة باب ٤٠، والصلاة باب ٥٧، وأحمد في المسند ٢/ ٧، ٩.

أنْ يغرزَ خَشَبةً فِي جِدَارِهِ» هَلْ ذَلِكَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلى وَجْهِ الوِصَايَةِ بِالجَارِ أَمْ يَقْضِي بِهِ القُضَاةُ؟.

فَقالَ: أرى ذَلِكَ امْراً دَلَّ النَّاس عَلَيهِ، وَأُمِرُوا بِهِ فِي حَقِّ الجَارِ.

قِيلَ: أفترى أنْ يَقْضِيَ بِهِ القُضاةُ؟.

قَالَ: قَدْ كَانَ المُطَّلِبُ يَقْضِي بِهِ عِنْدَنا، وَمَا أرَاهُ إلا دَلِيلاً عَلى المَعْرُوفِ، وَإِنِّي مِنْهُ لَفِي شَكٍّ.

حَدَّثَنِي عَبْدُ الوَارِثِ، قَالَ: حَدَّثنا قَاسِمٌ، قَالَ: حَدَّثَنا الخشنيُّ، قَالَ: حَدَّثنا ابْنُ أبِي عُمَرَ، قالَ: حَدَّثنا سُفْيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، قَالَ: سَمِعْتُ الزُّهريَّ يَقُولُ: أخْبَرنا عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ هُرْمُز الأعْرجُ، عَنْ أبي هُرَيْرَةَ، قالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إذَا اسْتَأْذَنَ أحَدَكُم جَارُهُ أنْ يغْرزَ خَشَبةً فِي جِدَارِهِ، فَلا يَمْنَعْهُ» فَلَمَّا حَدَّثَهُم أَبُو هُرَيْرَةَ نَكَّسُوا رُؤُوسَهُم، وَطَأْطَأُوهَا، فَقالَ: مَالِيَ أرَاكُم عَنْها مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لأرْمِيَنَّ بِها بَيْنَ أكْتافِكُمْ.

وَقَالَ الرَّبيعُ فِي البُوَيْطِيِّ عَنِ الشَّافِعِيِّ: لَيْسَ لِلْجَارِ أنْ يَمْنَعَ جَارَهُ أنْ يغرزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ؛ لِحَدِيثِ أبِي هُرَيْرَةَ فِي ذَلِكَ.

وَرَوى الشَّافِعِيُّ وَغَيْرُهُ، عنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينارٍ، قَالَ: كُنْتُ بِالمَدِينَةِ، فَأرَادَ رَجُلٌ أنْ يغرزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِ جَارِهِ، فَمنعَهُ، فَخَاصَمَهُ، وَجَاءَ بِالبَيِّنَةِ إلى النَّبيِّ ﷺ، فَقضى لَهُ عَلَيهِ.

١٤٢٦ ـ مَالِكٌ، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ؛ أنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيجاً لَهُ مِنَ الْعُرَيْضِ، فَأَرَادَ أنْ يُمرَّ بِهِ فِي أرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبى مُحَمَّدٌ. فَقالَ لَهُ الضَّحَّاكُ: لِمَ تمنعني؟ وَهُوَ لَكَ منفعةٌ، تشربُ به أوَّلاً وآخراً، وَلاَ يضرُّكَ فأبى محمَّدٌ فَكَلَّمَ فيه الضَّحَّاكُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَدَعَا عُمرُ بْنُ الْخَطَّابِ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ، فَأَمَرَهُ أنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لاَ. فَقَالَ عُمَرُ: لَمِ تَمْنَعُ أخاكَ مَا يَنْفَعُهُ؟ وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ، تَسْقِي بِهِ أَوَّلاً وَآخِراً، وَهُوَ لاَ يَضُرُّكَ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لاَ، وَاللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَيُمَرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أنْ يُمرَّ بِهِ، فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ.

وَرَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ هَذا الخَبرَ عَنِ يحيى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحمدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حبان أنَّ رَجُلاً أَرَادَ أنْ يُجْرِيَ مَاءَ إِلى حَائِطِهِ عَلى حَائِطِ مُحمدِ بْنِ مَسْلَمةَ، فَأبى مُحمدُ بْنُ مَسْلَمَةَ، فَكَلَّمَ الرَّجُلُ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ، فَقَالَ عُمَرُ لِمُحَمَّدِ بْنِ مسْلَمةَ: لِمَ تَنعُهُ؟

١٤٢٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٣ من الكتاب والباب السابقين.

أَعَلَيْكَ فِيهِ ضَرَرٌ؟ قَالَ: لَا، وَلَا أُرِيدُ أَنْ يجْرِيَهُ فِي حَائِطِي، قَالَ: أَلَيْسَ لَكَ فِيهِ منْفَعَةٌ، أَوَ لَمْ يَكُنِ إلا على بطنك لأجْرَاهُ.

١٤٢٧ ـ مَالِكٌ، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ، فِي حَائِطِ جَدِّهِ، رَبِيعٌ[1] لِعَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ عَوْفٍ، فَأَرَادَ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَوْفٍ أَنْ يُحَوِّلَهُ إِلَى نَاحِيَةٍ مِنَ الْحَائِطِ، هِيَ أَقْرَبُ إِلَى أَرْضِهِ. فَمنَعَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ، فَكَلَّمَ عَبْدُ الرَّحْمنِ بْنُ عَوْفٍ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فِي ذَلِكَ، فَقَضَى لِعَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَوْفٍ بِتَحْوِيلِهِ.

قال أبو عمر: أَكْثَرُ أَهْلِ الأَثَرِ يَقُولُونَ فِي هَذا بِما رُوِيَ عَنْ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَيَقُولُونَ: لَيْسَ لِلْجَارِ أَنْ يَمْنَعَ جَارَهُ مِمَّا لا يَضرُّهُ.

وَزَعَمَ الشَّافِعِيُّ فِي كِتَابِ الرَّدِّ أَنَّ مَالِكاً لَمْ يَرْوِ عَنْ أَحَدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ خِلافَ عُمَرَ فِي هَذا البَابِ، وَأَنكرَ على مَالِكٍ أنهُ رَوَاهُ وأَدْخَلَهُ فِي كِتَابِهِ، وَلَمْ يَأْخُذْ بِهِ، وَلَا بِشَيْءٍ مِمَّا [فِي هَذا البَابِ] بَابِ القَضاءِ فِي المرْفقِ فِي المُوَطَّأ، بَلْ ردّ ذَلِكَ كُلَّهُ بِرَأْيِهِ.

قال أبو عمر: لَيْسَ كَما زَعَمَ الشَّافِعِيُّ؛ لأنَّ مُحمدَ بْنَ مَسْلَمَةَ رَدَّ ذَلِكَ كُله بِرَأْيِهِ فِي ذَلِكَ خِلاف رَأْيِ عُمَرَ، [وَرَأْيُ الأَنْصَارِيِّ أيضاً كَانَ خِلافاً لِرَأْيِ عُمَرَ]، وكذا عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَوْفٍ فِي قِصَّةِ الربيعِ وتَحْوِيلِ الرّبيع السَّاقِيَةِ.

وَإِذَا اخْتَلَفَ الصَّحَابَةُ وَجبَ الرُّجُوعُ إِلى النَّظَرِ، وَالنَّظَرُ يَدُلُّ على أَنَّ دِمَاءَ المُسْلِمِينَ وَأَمْوَالَهُمْ وَأَعْرَاضَهُمْ مِنْ بَعْضِهِمْ عَلى بَعْضٍ حَرامٌ إِلا مَا تَطِيبُ بِهِ النَّفْسُ مِنَ المَالِ خَاصَّةً، فَهَذا هُوَ الثَّابِتُ عَنِ النَّبيِّ ﷺ.

وَيَدُلُّ عَلى الخِلَافِ أيضاً فِي ذَلِكَ قَولُ أَبِي هُرَيْرَةَ: «مَالِي أَرَاكُم عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّ بِهَا، وَنَحو هَذا».

وَروى أسدُ بْنُ مُوسى قَالَ: حَدَّثَنِي قَيْسُ بْنُ الربيعِ، عَنْ مَنْصُورِ بْنِ دِينارٍ، عَنْ أبي عِكْرِمَةَ المخزوميِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَحِلُّ لامْرِىءٍ مُسْلِمٍ أَنْ يَمْنَعَ جَارَهُ خَشَباتٍ يَضَعُها عَلى جِدَارِهِ» ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ: وَاللَّهِ لأَضْرِبَنَّ بِهَا بَيْنَ أَعْيُنِكُمْ، وَإِنْ كَرِهْتُمْ.

وَبِهَذا الحَدِيثِ وَمَا كَانَ مِثْلَهُ احتجَّ مَنْ رَأى القَضاءَ بِالمرْفقِ، وَأَنْ لا يمنعَ الجَارُ جَارَهُ وضعَ خَشَبٍ فِي جِدَارِهِ، وَلَا كلّ شَيْءٍ يضرُّهُ.

١٤٢٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٤، من الكتاب والباب السابقين.

(١) ربيع: أي جدول صغير.

وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي «التَّمهيدِ» فِي ذَلِكَ آثاراً مُسْنَدَةً، وَذَكَرْنا حَدِيثَ الأعْمَشِ، عَنْ أَنَسٍ، قالَ: اسْتُشْهِدَ مِنَّا غُلامٌ يَومَ أُحدٍ، فَجَعَلَتْ أَمَّهُ تَمْسَحُ التُّراب عَنْ وَجْهِهِ، وَتَقُولُ: أَبْشِرْ هَنِيئاً لَكَ الجَنَّةُ، فَقالَ لَها النبيُّ ﷺ: «وَمَا يُدْرِيكِ لَعَلَّهُ كَانَ يتكلَّمُ فِيمَا لا يعْنِيهِ، وَيمْنعُ مَا لا يَضُرّهُ»[1].

وَالأعْمَشُ لَا يصحُّ لَهُ سَماعٌ مِنْ أَنَسٍ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي أَنَّهُ لَا يحْتجُ مِنْ حَدِيثِهِ بِما لَمْ يذكرْهُ عَنِ الثِّقاتِ وَبِسَنَدِهِ؛ لأنْ كانَ يُدلِّسُ عَنِ الضُّعَفاءِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُ، فَلَا يَرَوْنَ أَنْ يقْضى بِشَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي هَذا البَابِ عَنِ النبيِّ ﷺ فِي نَهْيِ الجَارِ أَنْ يمْنعَ جَارَهُ مِنْ غَرْزِ الخَشَبَةِ فِي جِدارِهِ.

وَعَنْ عُمَرَ فِي قِصَّةِ الخليجِ فِي أرْضِ مُحمدِ بْنِ مسْلمَةَ، وَلا مَا كَانَ مِثْلَ ذَلِكَ كُلِّهِ بِقولِهِ ﷺ: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُم عَلَيْكُمْ حَرَامٌ»[2] أَيْ مِنْ بَعْضِكُم عَلى بَعْضٍ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ».

وَهَذا هُوَ المَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ المَعْمُولِ بِهِ.

فَروى أَصْبغُ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ، قالَ: لَا يُؤْخَذُ بِما قَضى بِهِ عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ عَلى مُحمدِ بْنِ مسْلمَةَ فِي الخَليجِ، وَلَا ينْبَغِي أَنْ يَكُونَ أَحَقَّ بِمَالِ أَخِيهِ مِنْهُ إِلا بِرِضاهُ.

قَالَ: وَأَمَّا مَا حكمَ بِهِ لِعَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَوفٍ مِنْ تَحْوِيلِ الرَّبيعِ مِنْ مَوْضِعِهِ إِلى نَاحِيةٍ أُخْرى مِنَ الحَائِطِ، فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِهِ، وَيعْملُ بِمِثْلِهِ؛ لأَنَّ مَجْرى ذَلِكَ الربيع كَانَ لِعَبْدِ الرَّحْمنِ ثَابِتاً فِي الحَائِطِ، وَإِنَّما أَرادَ تَحْوِيلَهُ إِلى نَاحِيَةٍ أُخْرى [مِنَ الحَائِطِ، وَإِنَّما] هِيَ أَقْرَبُ عَلَيهِ وَأَنْفَعُ، وَأَرْفَقُ لِصَاحِبِ الحَائِطِ، وَكَذَلِكَ حَكَمَ عَلَيهِ عُمَرُ بِتَحْوِيلِهِ.

وَأَمَّا عَبْدُ المَلِكِ بْنُ حبيبٍ فَإِنَّهُ اضْطَربَ فِي هَذا البَابِ، ولَمْ يَثْبتْ فِيهِ عَلى مَذْهَبِ مالِك، وَلَا مَذْهَبِ العِرَاقِيِّينَ، وَلَا مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ، وَتَناقضَ فِي ذَلِكَ، فَقالَ

---

(١) أخرجه الترمذي في الزهد، باب ١١، بلفظ: عن أنس قال: توفي رجل أصحابه فقال: يعني رجل: أبشر بالجنة، فقال رسول الله ﷺ: أو لا تدري فلعله تكلم فيما لا يعنيه أو بخل بما لا ينقصه.

(٢) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في العلم باب ٩، ٣٧، والحج باب ١٣٢، والمغازب باب ٧٧، والأدب باب ٤٣، والأضاحي باب ٥، والحدود باب ٩، والفتن باب ٨، والتوحيد باب ٢٤، ومسلم في الحج حديث ١٤٧، والقسامة حديث ٢٩، ٣٠، والترمذي في الفتن باب ٦، وتفسير سورة ٩، باب ٢، والنسائي في القضاة باب ٣٦، وابن ماجه في المناسك باب ٧٦، ٨٤، والفتن باب ٢، والدارمي في المقدمة باب ٢٤، والمناسك باب ٣٤، ٧٢، وأحمد في المسند ١/ ٢٣٠، ٣/ ٣١٣، ٣٧١، ٤٨٥، ٤/ ٧٦، ٣٠٦، ٣٣٧، ٥/ ٣٠، ٣٧، ٣٩، ٤٠، ٤٩، ٦٨، ٧٢، ٤١١، ٤١٢.

فِي قَولِهِ ﷺ: «لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُم جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبةً فِي جِدَارِهِ»، أرى أنَّهُ لَازِمٌ لِلْحَاكِمِ أنْ يحْكُمَ بِهِ عَلى مَنْ أَبَاهُ، وَأَنْ يجبرَهُ عَلَيهِ بِالقَضَاءِ؛ لأنَّهُ حَقٌّ قَضى بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَلأنَّهُ مِنَ الضَّرَرِ أنْ يدْفعَ جَارهُ أنْ يغْرزَ خَشَبةً عَلى جِدَارِهِ، فَيَمْنعُهُ بِذَلِك المنْفَعَة، وَصَاحِبُ الجِدَارِ لا ضَرَرَ عَلَيهِ فِيهِ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لا ضَرَرَ، وَلَا ضِرَارَ»، وَقَالَ عُمَرُ: لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا لَا يضرُّكَ؟.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: لِلْجَارِ إِذَا تهورت بِئْرُهُ أَنْ يَسْقِي نَخِيلهُ وَزَرعهُ مِنْ بِئْرِهِ، وَهَذا أَبْعَدُ مِنْ غَرْزِ الخَشَبَةِ فِي جِدَارِ الجَارِ إِذَا لَمْ يَكُنْ يَضرُّ بِالجِدَارِ، فَإِنْ خِيفَ عَلَيهِ أنْ يوهِنَ الجِدارُ، وَيضرَّ بِهِ لَمْ يجبرْ صَاحِب الجِدَارِ عَلى ذَلِكَ وَقِيلَ لِصَاحِبِ الخَشَبِ: احْتل لِخَشَبِكَ.

قَالَ: وَمِثْلُهُ حَدِيثُ رَبِيعِ عَبْدِ الرَّحْمنِ [بن عوف] فِي حَائِطِ المازنيِّ.

قَالَ: فَهذَا أيضاً يجبرُ عَليهِ بِالقَضاءِ مِنْ أَجْلِ أَنَّ مجْرى ذَلِكَ الربيع كَانَ ثَابِتاً في الحَائِطِ لِعَبْدِ الرَّحمنِ قَدِ اسْتَحَقَّهُ، فَأَرَادَ تَحْوِيلَهُ إِلى نَاحِيَةٍ أُخْرى هِيَ أَقْرَبُ عَلَيهِ، وَأَرْفَقُ لِصَاحِبِ الحَائِطِ.

قَالَ: وَأمَّا الحَدِيثُ الثَّالِثُ فِي قِصَّةِ الضَّحَّاكِ بْنِ خليفةَ مَعَ مُحمدِ بْنِ مسْلَمةَ، فَلَمْ أَجِدْ أَحَداً مِنْ أَصْحابِ مَالِكٍ وغَيرِهِ يَرى أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لَازِماً فِي الحُكْمِ لأحَدٍ عَلى أَحَدٍ، وَإِنَّما كَانَ ذَلِكَ تَشْدِيداً عَلى مُحمدِ بْنِ مسْلَمةَ، وَلَا يَنْبَغِي لأَحَدٍ أنْ يَكونَ غَيْرُهُ أَحَقَّ بِمَالِهِ مِنْهُ إِلا بِرِضَاهُ.

قال أبو عمر: مِثْلُ هَذا يلْزمُ فِي قِصَّةِ [ربِيع] عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ عَوفٍ فِي حَائِطِ [الأنْصاري] المازنيِّ؛ لأنَّ الَّذِي اسْتحقَّ مِنْهُ مجْرى رَبيع فِي ذَلِكَ المَوْضع بِعَيْنِهِ، وَمَا عَدا ذَلِكَ المَوضِع، فَمِلْكُ الأنْصَاريِّ لاَ يَحِلُّ إلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ، كَما لَو اكْتَرَى رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ دَاراً، أو حَانُوتاً بِعَيْنِهِ، ثُمَّ أرَادَ أنْ ينْقلَهُ عَنْهُ إلى غَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ لَهُ عِنْدَهُم ذَلِكَ إلا بِرِضا المُكْتَرِي، وَلاَ يَجُوزُ إلا إنْ يَكُونَ البَابُ فِي ذَلِكَ بَاباً وَاحِداً، وَيَكُونُ القَضَاءُ بِالمرْفقِ خَارِجاً عَنْ مَعْنى قَولِ النَّبِيِّ ﷺ: «لا يَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ مُسْلِمٍ إلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» بِدَلِيلِ حَدِيثِ أبِي هُرَيْرَةَ فِي غَرزِ الخَشبِ عَلى الجِدَارِ، وَقضاءُ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ رضي الله عنه بِأنَّهُ لاَ يَجُوزُ لِلْجَارِ أنْ يَمْنَعَ جَارَهُ مَا لا يَضُرُّهُ، فَيَكُونُ حِينَئِذٍ مَعْنى قَولِ النَّبِيِّ ﷺ: «لاَ يَحلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِم إلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» خَرجَ عَلى الأعْيانِ، وَالرِّقَابِ، وَاسْتِهلاكِها إذَا أُخِذَتْ بِغيْرِ إِذْنِ صَاحِبِها لاَ عَلى المرَافِقِ، وَالآثارُ الَّتِي لاَ تَسْتحقُّ بِها رَقبةٌ، وَلاَ عَيْنُ شَيْءٍ، وَإِنَّما تسْتحقُّ بِها مَنْفَعةٌ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٢٧ ـ باب القضاء في قسم الأموال

١٤٢٨ ـ مَالِكٌ، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدِّيليّ؛ أَنَّهُ قَالَ: «بَلَغَني أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الجاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَيُّما دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَها الإِسْلاَمُ وَلَم تُقْسَمْ فَهِيَ عَلى قَسْمِ الإِسْلاَمِ».

قال أبو عمر: هَكَذا هَذا الحَدِيثُ فِي «المُوطَإِ» عِنْدَ جَمِيعِ الرُّوَاةِ، لَمْ يَخْتَلِفُوا فِي أَنَّهُ بَلاغٌ عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ.

وَرَواهُ إِبْرَاهِيمُ بْنُ طَهْمانَ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ ثَورِ بْنِ زَيْدٍ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ طَهْمانَ ثِقَةٌ.

وَالحَدِيثُ مَعْرُوفٌ لابْنِ عَبَّاسٍ، قَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ طُرُقٍ فِي «التَّمْهِيدِ»:

مِنْها مَا حدَّثنا عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيانَ، قالَ: حَدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبغ، قالَ: حدَّثَنِي إِبْرَاهِيمُ بْنُ عَبْدِ الرَّحِيم، قَالَ: حدَّثني مُوسى بْنُ دَاوُدَ، قالَ: حَدَّثني مُحمدُ بْنُ مُسْلِمٍ الطَّائفيُّ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينارٍ، عَنْ أبي الشَّعْثاءِ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كُلُّ قَسمٍ قُسِمَ فِي الجَاهِلِيَّةِ، فَهُوَ عَلى مَا قُسِمَ، وَكُلُّ قَسمٍ أَدْرَكَهُ الإِسْلاَمُ وَلَمْ يُقسمْ، فَهُوَ عَلى قِسْمةِ الإِسْلاَمِ».

وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْ مَالِكٍ مِنْ مَعْنَى هَذا الحَدِيث فِي الفَرْقِ بَيْنَ مَنْ لا كِتَابَ لَهُ مِنَ الكُفَّارِ، وَبَيْنَ أَهْلِ الكِتَابِ:

فَروى سَحْنونُ، وَأَبُو ثابتٍ عَنِ ابْنِ القَاسِمِ، قَالَ: سَأَلْتُ مَالِكاً عَنِ الحَدِيثِ الَّذِي جَاءَ: «أَيُّما دَارٍ قُسِمَتْ فِي الجَاهِلِيَّةِ، فَهِيَ عَلَى قِسْمةِ الجَاهِلِيَّةِ، وَأَيُّما دَارٍ أَدْرَكَها الإِسْلامُ، وَلَمْ تُقسمْ، فَهِيَ عَلى قَسمِ الإِسْلَامِ.

فَقالَ مَالِكٌ: الحَدِيثُ لِغَيرِ أَهْلِ الكِتَابِ؛ فَأَمَّا اليَهُودُ والنَّصارَى، فَهُمْ عَلى مَوَارِيثِهِمْ، [لَا ينقلُ الإِسْلامُ مَوَارِيثَهُم] الَّتِي كَانُوا عَلَيها.

قَالَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحاقَ: قَولُ مَالِكٍ هَذا عَلى أَنَّ النَّصارى وَاليَهُودَ لَهُمْ مَوَارِيثُ قَدْ تَراضَوْا عَلَيها، وَإِنْ كَانَتْ ظُلْماً، فَإِذَا أَسْلَمُوا عَلى مِيرَاثٍ قَدْ مَضى، فَهُمْ كَما لَوِ اصطَلَحُوا عَلَيهِ، ثُمَّ يَكُونُ مَا يحدثُ مِنْ مَوَارِيثِهِمْ بَعْدَ الإِسْلامِ.

١٤٢٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٥، من كتاب الأقضية، باب ٢٧ (القضاء في قسم الأموال)، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩/ ١٢٢.

قال أبو عمر: رَوى ابن نافع، وَأشْهَبُ، وَعَبْدُ الملكِ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ بْنِ المَاجشُونِ، وَمُطرفٌ، عَنْ مَالِكٍ أنَّ ذَلِكَ فِي الكُفَّرِ كُلِّهِمْ: المَجُوسِ وَمُشْرِكي العَرَبِ، وَأَهْلِ الكِتَابِ، وَجَمِيع أهْلِ المِلَلِ؛ ذَكَرَهُ ابْنُ حبيبٍ عَنْهُمْ.

وَكَذَلِكَ رَوى أَصْبغُ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ أنَّهُ أَجَابَهُ فِي مَعْنى هَذا الحَدِيثِ بِذَلِكَ عَلى مَا ذَكَرْنَاهُ عَنْهُ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَهَذا أولى؛ لِمَا فِيهِ مِن اسْتِعْمَالِ الحَدِيثِ عَلى عُمومِهِ، وَظَاهِرِهِ وَلأنَّ الكُفْرَ لَا تَفْترقْ أحْكامُهُ فِيمَنْ أسْلَمَ مِنهم أنَّهُ يقرُّ عَلى نِكَاحِهِ، وَيلحقُهُ وَلَدُهُ.

وَعِنْدَ مَالِكٍ، وَأصْحابِهِ أنَّ أهْلَ الكُفْرِ كُلَّهم فِي الجِزْيَةِ سَوَاءٌ كَما هُمْ عِنْدَ الجَمِيعِ فِي مُقَاتَلتِهِم، وَسَبْي ذَرَارِيهم فِي الدُّنيا، وَفِي الخُلُودِ فِي النَّارِ، فَلَا وَجْهَ لفرقٍ بَيْنَ شَيْءٍ مِنْ أحْكَامِهِمْ إلَّا مَا خَصَّتْهُ السُّنَّةُ، فيسلمُ لَها كَمَا خصَّتِ الكِتَابيِّين فِي أكْلِ ذَبَائِحِهِمْ، وَنِكَاحِ نِسَائِهِمْ، وَمُحالٌ أنْ يَكُونَ جَماعَةٌ مُؤْمِنُونَ يَقْتَسِمُونَ مِيراثَهُم عَلى شَرِيعَةِ الكُفْرِ.

وَهُوَ قَولُ [ابن شهاب و] جُمْهُورِ أهْلِ العِلْمِ بِالحِجَازِ، وَالعِرَاقِ، وَهُوَ قُولُ اللَّيْثِ، وَالشَّافِعِيِّ، وَالأوْزَاعِيِّ، وَالثَّوْرِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ، وأَصْحابِهِ.

فَإنْ أسْلَمَ بَعْضُ وَرَثَةِ المَيتِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَبَعْدَ قَسمِ المِيرَاثِ، أو أعْتقَ، فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ المِيرَاثِ؛ لأنَّهُ وَجَبَ يَومَ مَاتَ المَوْرُوثُ.

هَذا قَولُ جَماعَةِ فُقهاءِ الأمْصارِ، وَجُمْهُورِ التَّابِعِينَ، إلا قَوْماً مِنْ أهْلِ البَصْرَةِ.

وَرِوَايَةٌ جَاءَتْ عَنْ عُمَرَ، وَعُثْمانَ مِنْ رِوَايَتِهِمْ، إسْنَادُها لَيْسَ بِالقَائِم، رَوَاهَا حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ، [عَنْ أيُّوب]، عَنْ أبي قلابَةَ، عَنْ حَسَّانَ بْنِ بِلالِ المزنيِّ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ قَتادَةَ أنَّ إنْساناً مِنْ أهْلِهِ مَاتَ، وَهُوَ عَلى غَيرِ دِينَ الإسْلَام، قَالَ: فَورِثَتْهُ ابْنَتُهُ دوني، وَكَانَتْ عَلى دِينِهِ، ثُمَّ إنَّ جَدِّي أسْلَمَ، وَشَهد مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حُنَيْناً، فَتُوفِّي وَترك نَخْلاً، فَأَسْلَمتْ، وَخَاصَمَتْنِي فِي المِيرَاثِ إلى عُثْمانَ بْنِ عَفَّانَ، فَحدثَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الأرْقَم أنَّ عُمَرَ قَضى أنَّهُ مَنْ أسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ قَبْلَ أنْ يُقسمَ، فَإنَّهُ نَصِيبُهُ، فَقَضى لَهُ عُثْمانُ، فَذَهَبَتِ بِالأولى، وَشَارَكَتْنِي فِي الآخِرَةِ.

وَرَوى سَعِيدُ بْنُ أبي عرُوبَةَ، عَنْ قَتادَةَ، عَنْ حسانَ بْنِ بِلالٍ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ قَتَادَةَ العنزيِّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الأرْقَم ـ كَاتِبِ عُمَرَ ـ أنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ قَالَ: مَنْ أَسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ قَبْلَ أنْ يُقسمَ صَارَ المِيرَاثُ لَهُ بِإسْلامِهِ واجباً.

وَرَوى يَزِيدُ بْنُ زريعٍ، عَنْ خَالِدِ الحذَّاء، عَنْ أبي قلابَةَ، عَنْ يزيد بْنِ قَتادَةَ،

قَالَ: تُوفِّيَتْ أُمُّنا مُسْلِمةً، وَلِي إِخْوةٌ نَصارى، فَأَسْلَمُوا قَبْلَ أنْ يُقسمَ المِيرَاثُ، فَدَخلُوا عَلى عُثْمانَ، فَسأَلَ: كَيْفَ قَضى فِي ذَلِكَ عُمَرُ؟ فَأخبرَ، فَأشْركَ بَيْنَنا.

وَبِهذا قَالَ الحَسَنُ البَصْرِيُّ، وَأبُو الشَّعْثاءِ ـ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ـ، وَقَتَادَةُ، وَحُميدٌ الطَّويلُ، وَإِياسُ بْنُ مُعاوِيَةَ.

وَرَوى وهيبٌ، عَنْ يُونُسَ، عَنِ الحَسَنِ، قالَ: مَنْ أَسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ.

وَقَالَ الحَسَنُ: فَإِنْ قُسمَ بَعْضُ المِيرَاثِ، ثُمَّ أَسْلَمَ، وَرِثَ مَا لَمْ يُقسمْ، وَلَمْ يَرِثْ بِما قسمَ.

وَحُجَّةُ مَنْ قَالَ بِهذا أو ذَهَبَ إِلَيهِ حَدِيثُ هَذَا البَابِ المُسْنَدُ، وَالمُرْسَلُ عَلى مَا ذَكَرْناهُ فِي أوَّلِهِ.

وَقَدْ رَوى عَبْدُ الوَارِثِ، عَنْ كثيرِ بْنِ شنظيرٍ، عَنْ عَطاءٍ أَنَّ رَجُلاً أَسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ عَلى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَبْلَ أنْ يقسمَ، فَأَعْطَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ نَصِيبَهُ مِنْهُ.

قال أبو عمر: حُكْمُ مَنْ اعْتَقَ قَبْلَ القَسْمِ عِنْدَ هَؤُلاءِ كَحُكْمِ مَنْ أَسْلَمَ، إِلا أَنَّهُ اخْتُلِفَ فِيهِ عَنِ الحَسَنِ:

فَمَرَّةً هُوَ قَالَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَسْلَمَ.

ومَرَّةً قَالَ: مَنْ أَسْلَمَ وَرِثَ، وَمَنْ أَعْتقَ لَمْ يَرِثْ؛ لأنَّ الحَدِيثَ إِنَّما جَاءَ مِمَّنْ أدْرَكَ الإِسْلامَ.

وَبِهِ قَالَ إِياسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ.

وَرَوى حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، عَنْ حميدٍ، قال: كَانَ إِيَاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ يَقُولُ: أَمَّا النَّصْرَانِيُّ يُسْلِمُ، فَنَعَمْ، وَأَمَّا العَبْدُ يعْتقُ، فَلا.

وَبِهِ قَالَ حُمَيدٌ.

وَرَوى أَبُو زرْعةَ الرَّازِيُّ، قَالَ: حَدَّثني مُوسى بْنُ إِسْماعِيلَ، قالَ: حَدَّثني حَمَّادُ، عَنْ حُميدٍ، عنِ الحَسَنِ، قَالَ: العَبْدُ إِذا أَعْتقَ عَلى مِيراثٍ قَبْلَ أنْ يُقْسَمَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ.

وَهُوَ قَولُ مَكْحُولٍ، وَبِهِ قَالَ أَبُو زرْعَةَ فِيمَنْ أَسْلَمَ عَلى مِيراثٍ قَبْلَ أنْ يقْسمَ أَنَّهُ لَه، وَخَالَفَهُ أَبُو حَاتِمٍ الرَّازِيُّ، فَقَالَ: لَيْسَ لَهُ مِنَ المِيراثِ شَيْءٌ.

قال أبو عمر: قَدْ ذَكَرْنا [أنَّ جُمْهُورَ العُلماءِ] عَلى أَنَّ الوَارِثَ لا يَسْتحقُّ المِيرَاثَ إِلا فِي حِينِ مَوتِ المُورثِ، وَأَنَّهُ ـ حِينَئذٍ ـ يجبَ لمنْ أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعالى بِالدِّينِ وَالنَّسَبِ، والحرِّيَّةِ، وَالحَياةِ، وَإِنْ كَانَ حَمْلاً فِي البَطْنِ.

وَهُوَ قَولُ جَماعَةِ فُقهاءِ الأمْصارِ.

رَوى يَزِيدُ بْنُ زُرِيعٍ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ أبي هِنْدٍ، عَنْ سَعِيدِ [بْنِ المُسَيَّبِ، قَالَ: إِذَا مَاتَ المَيِّت يردُّ المِيرَاثَ لأهْلِهِ.

وَيَزِيدُ بْنُ زُرِيعٍ، عَنْ سَعِيدٍ] عَنْ أبي معشرٍ، عَنْ إبْرَاهِيمَ، قَالَ: مَنْ أسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ، أو أُعْتِقَ عَلى مِرَاثٍ قَبْلَ أنْ يُقْسَمَ، فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُما شَيْءٌ، وَجَبَتِ الحُقُوقُ لأهْلِها حَيْثُ مَاتَ.

وَقَالَ شُعْبَةُ: سَأَلْتُ الحَكَمَ، وَحَمَّاداً عَنْ رَجُلٍ أسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ، فَقالَا: لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: أخْبَرَنا ابْنُ جُريجٍ، عَنْ عَطاءٍ، وَابْنُ أبِي لَيلى: إنْ مَاتَ مُسْلِمٌ، وَلَهُ وَلَدٌ نَصارى، ثُمَّ أسْلَمُوا، وَلَمْ يُقْسَمْ مِيرَاثُهُ حَتَّى أسْلَمُوا، فَلَا حَقَّ لَهُمْ وَقَعَتِ المواريث قَبْلَ أن يُسْلموا.

قَالَ: وأَخْبَرنا معمرٌ، عَنِ الزُهريِّ سَمِعَهُ يَقُولُ: إذَا وَقَعَتِ المَوَارِيثُ، فَمَنْ أسْلَمَ عَلى مِيرَاثٍ نَفَذَ، فَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعيُّ، وأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهم، وَاللَّيْثُ، وَالأوْزَاعِيُّ، وَالثَّوْرِيُّ، وَعَلَيهِ العَمَلُ، وَباللَّهِ التَّوْفِيقُ.

١٤٢٩ ـ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ هَلَكَ وَتَرَكَ أَمْوالاً بِالْعَالِيَةِ وَالسَّافِلَةِ[١]: إِنَّ الْبَعْلَ[٢] لاَ يُقْسَمُ مَعَ النَّضْحِ[٣]، إلاَّ أنْ يَرْضَى أَهْلُهُ بِذَلِكَ، وَإِنَّ الْبَعْلَ يُقْسَمُ مَعَ الْعَيْنِ، إِذَا كَانَ يُشْبِهُهَا، وَأَنَّ الأَمْوَالَ إِذَا كَانَتْ بِأَرْضٍ وَاحِدَةٍ، الَّذِي بَيْنَهُمَا مُتَقارِبٌ، أَنَّهُ يُقَامُ كُلُّ مَالٍ مِنْهَا ثُمَّ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ، وَالْمَسَاكِنُ وَالدُّورُ بِهذِهِ الْمَنْزِلَةِ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ فُقهاءُ الأمْصَارِ فِي قِسْمةِ الأرضِينَ، وَالدُورِ عَلى مَا أَصِفُ لَكَ:

فِمَذْهَبُ مَالِكٍ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ القَاسِمِ وَغَيْرُهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا كَانَتِ الدُورُ مُتَقارِبَةً، وَالغرضُ فيها مُتَقارِباً قسمَتْ قَسْماً وَاحِداً، وَإِنِ افْتَرقَتِ البقَاعُ، وَاخْتَلَفَتِ الأغْراضُ قُسمَتْ كُلُّ دَارٍ عَلى حِدَةٍ، وَكَذلِكَ الأرضُونَ وَالقُرى.

١٤٢٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٦، من الكتاب والباب السابقين.

(١) العالية والسافلة: جهتان بالمدينة.

(٢) البعل: ما يشرب بعروقه من غير سقي ولا سماء. وقيل هو ما سقته السماء، أي المطر.

(٣) النضح: الماء الذي يحمله الناضح، وهو البعير.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهما: تقسمُ كُلُّ دَارٍ، وَكُلُّ ضَيْعَةٍ عَلى حِدَةٍ، وَلَا يقسمُ بَعْضُها عَلى بَعْضٍ.

وَحُجَّتُهم أنَّ كُلَّ بُقْعَةٍ وَدارٍ تُعْتَبرُ بِها عَلى نَفْسِها، لَا تتعلَّقُ الشُّفْعَةُ دُونَ غَيْرِها.

وَاخْتَلَفُوا فِيمَا لَا ينقسِمُ مِنَ الدُّورِ إلا عَلى ضَرَرٍ بِأحَدِ الشَّرِيكَيْنِ، أو بِهِمَا مَعاً:

فَقالَ مَالِكٌ: مَا لَا ينتفعُ بِما يقسمُ مِنْهُ أُجْبِرَا جَمِيعاً عَلى البَيْعِ إِذَا أحَبَّا القسْمَةَ، وَاقْتَسمَا الثَّمَنَ، وَكَذَلِكَ الثِّيَابُ. وَالحَيوانُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ: إِنِ اتَّفَقَا عَلى قسْمَةِ مَا لَا يَنْتَفِعَان بِهِ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ يَمْلِكَانِهِ قُسِمَ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ أَبَيَا مِنْ قِسْمَةِ مَا فِيهِ عَلَيْهِما جَمِيعاً ضَررٌ فِي القسْمَةِ لَمْ يُجْبَرَ عَلى البَيْعِ، وَلَا عَلى القسْمَةِ إِنْ شَاءَ حبسا وَإِن شَاءَا بَاعَا، وَإِنْ شَاءَا قسمَا، وَلا يُجْبَرَانِ عَلى البَيْعِ، وَلَا القسْمَةِ، [وَلَا فِي الحيوانِ]، وَلَا فِي الثِّيابِ، وَلَا فِي شَيْءٍ؛ لأنَّ اللَّهَ ـ عَزَّ وجلَّ ـ يَقُولُ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وَاخْتَلَفُوا إِنِ انْتَفَعَ أَحَدٌ مِنْهُم بِنَصِيبِهِ مِنَ الدَّارِ وَالحَانُوتِ وَسَائِرِ العَقارِ، وَلَمْ يَنْتَفِعِ الآخَرُ، وَطَلَبُوا جَمِيعاً القسْمَةَ:

فَاتَّفَقَ مَالِكٌ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ أَنَّهُ يقسمُ بَيْنَهُم.

وَقالَ ابْنُ القَاسِمِ: لَا يقسمُ حَتَّى يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما مَا ينتفعُ بِهِ.

وَقالَ [مَالِكٌ، وَ] أبو حَنِيفَةَ: إِذَا طَلَبَ مَنْ يَنْتَفعُ بِنَصِيبِهِ القسْمَةَ قسمَ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعِ الآخَرُ، وَتقسمُ العرصةُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِنَصِيبِهِ وَاحِدٌ مِنْهُما إذا طَلَبَ وَاحِدٌ مِنْهُما القسْمَةَ خِلافَ المنْزِلِ.

قالَ: وَلَا يُقسمُ الطَّرِيقُ بِالإِجْماعِ مِنَ الشُّركاءِ عَلى ذَلِكَ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الحمّامِ بيْنَ الشُّركاءِ: إِنَّهُ يُقْسمُ.

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: وَأرى الحَائِطَ يُقسمُ.

قَالَ: وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يُقسمُ الحَائِطُ وَالطَرِيقُ إِلَّا أنْ يَتراضَى الورَثَةُ عَلى قسْمَتِهِ.

أمَّا الحَمَّامُ، فَهُوَ عرصةٌ كالبَيْتِ الصَّغِيرِ.

وَقالَ اللَّيْثُ: مَا كَانَ ينْقسمُ، فَإِنَّهُ يُقسمُ، وَلَا يُباعُ، وَمَا كَانَ مِنْ دَارٍ لَا تَنقسمُ.

وَالحمَّامُ والحَانُوتُ، فَإِنَّهُ يُباعُ وَيُقسمُ الثَّمَنُ، إِلَّا أنْ يشْتَرِيَهُ بَعْضُ الشُّرَكاءِ بِأغلى مَا يُوجَدُ مِنَ الثَّمَنِ، فَيَكُونُ أَولى.

قال أبو عمر: رَوى ابْنُ الماجشُونِ، عَنْ مَالِكٍ أنَّ الحمَّامَ لاَ يُقسمُ؛ لأنَّهُ يَصِيرُ غَيْرَ حمَّامٍ.

وَرَوى ابْنُ القَاسِمِ، وَأشْهَبُ عَنْهُ أنَّهُ يُقسمُ.

وَهُوَ قَولُ أشْهَبَ.

وَقالَ ابْنُ القاسِمِ: لا يُقسمُ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَ وَاحِدٌ مِنْهُم يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ قسْمتُهُ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعِ البَاقُونَ بما يَصِيرُ إِلَيهم، ـ يعْنِي إذَا تَرَاضَوا عَلى ذَلِكَ ـ فَإذا لَمْ يَتَراضَوا بالقِسْمَةِ لِمَا عَلَيهم فِيها مِنَ الضَّرَرِ، وَطَلَبَها أحدُهُم مِمَّنْ لَهُ فِي القِسْمَةِ نَفعٌ بِنَصِيبِهِ، أو لا نفعَ لَهُ، لَمْ يُجْبَرُوا إِلا أنْ يَكُونُوا إِذَا اجْتَمعَ الَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ القسْمةَ فَيَنْتَفِعُوا بِنَصِيبِهم، فَيَجْمعُهم، فَيبرزَ لِلطَّالِبِ نَصِيبَهُ.

قال أبو عمر: احْتَجَّ مَنْ رَأى قسْمةَ العَقَارِ كُلِّهِ، وَإِنْ غَيَّرَتْهُ القسْمةُ عَنِ اسْمِهِ، وَحَالِهِ إِذَا دَعَا أَحَدُ الشُّرَكاءِ إلى ذَلِكَ بِظَاهِرِ قَولِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧].

وَاحْتَجَّ مَنْ خَالَفَهُ فِي ذَلِكَ بِقَولِهِ ﷺ: «لا ضَرَرَ وَلَا ضِرارَ فِي الإِسْلامِ»، وَهُوَ لَفْظٌ مُحتملٌ لِلتَّأوِيلِ، لَا حُجَّةَ فِيهِ.

وَأحْسَنُ مِنْهُ وَأَوْضَحُ مَا رَوَاهُ ابْنُ جُريجٍ، عَنْ صديقِ بْنِ مُوسى بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ مُحمدِ بْنِ أبي بَكْرٍ [بْنِ مُحمدٍ]بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أبِيهِ، قالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تَعْضِيَةَ عَلى أَهْلِ المَوَارِيثِ، إلَّا مَا حَملَ القَسمُ» والتَعْضِيةُ التَّفرقةُ فِي اللُّغَةِ، يَقُولُ لا قسْمةَ بَيْنَهُم، إِلَّا فِيما احْتملَ القسْمَ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

وَأمَّا اخْتِلافُ أصْحابِ مَالِكٍ فِي قِسْمَةِ الأرْضِ: البَعْلُ مِنْهَا، والسَّقْيُ:

فَذَكَرَ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ سَحْنُونَ فِي قَولِ مَالِكٍ فِي مَوَطَّئِهِ: لا يُقسمُ النَّضحُ مَعَ البَعْلِ إِلا أنْ يَرْضى أهْلُهُ بِذَلِكَ.

قَالَ سَحْنُونُ: فَحملَ هَذِهِ اللَّفْظَةَ عَلى أنَّ الشُّرَكاءَ تَرَاضَوا بِذَلِكَ، وَأمَّا بِالسَّهْمِ، فَلا يَنْبَغِي.

قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ: وَأصْحابُ مَالِكٍ عَلى ذَلِكَ، إِلَّا أَشْهَبَ، فَإِنَّهُ يَقُولُ: يجْمعُ لِمَنْ أرَادَ الجَمْعَ، ويَفرقُ لِمَنْ أرَادَ التَّفرقةَ.

وَهُوَ خِلافٌ لِقَولِ مَالِكٍ حَيْثُ يَقُولُ: لَا يجمعُ بَيْن رجلين فِي القسْمِ.

قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ: وَمَعْنى قَولِ أشْهَبَ أنَّهُ يَجْعلُ سَهْمَ الَّذِينَ أَرَادُوا الجَمْعَ بَيْنَهُما وَاحِداً، وَسَهْمَ الَّذِينَ أرَادُوا التَّفْرقَةَ بَيْنَهُما خِلافٌ.

وَهُوَ خِلافُ جَمِيعِ أصْحابِ مَالِكٍ.

وَذَكَرَ سَحْنُونَ، عنِ ابْنِ القَاسِمِ، قَالَ: إِذَا كَانَتِ المَوَاضِعُ مخْتَلِفَةً، وَكَانَتْ قَرِيبَةً، قسمَتْ كُلُّ أَرْضٍ عَلى حِدتِها، وَإِنْ كَانَتِ المَوَاضِعُ قَرِيباً بَعْضها مِنْ بَعْضٍ، وَكَانَتْ فِي الكرمِ سَواء جمع فِي القسمِ.

قَالَ سحنونُ: لَا نَعْرِفُ هَذا، وَالَّذِي نَعْرِفُهُ مِنْ قَولِ مَالِكٍ [أَنَّ الأَرْضَ] إِذَا تَقَارَبَتْ مَوَاضِعُها، وَكانَتْ فِي نَمَطٍ وَاحِدٍ قسمتْ قَسْماً وَاحِداً، وَإِن اخْتَلَفَتْ [فِي القِيمَةِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: إِذا تَقَارَبَتِ المَوَاضِعُ قسمَتْ قَسْماً وَاحداً، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ] فِي الكرمِ.

قال أبو عمر: اخْتِلافُهُم فِي قِسْمةِ الأَمْوَالِ عَلى اخْتِلافِ أَصْنَافِها كَثِيرٌ جِدّاً.

وَقَدْ ذَكَرْنا ذَلِكَ فِي كِتَابِ القِسْمةِ مِنْ دِيوانِ اخْتِلافِهِمْ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

٢٨ ـ باب القضاء في الضواري والحريسة

قال أبو عمر: الضَّوارِي مَا ضرَّ فِي الأذى، وَالحَرِيسةُ المحْروسَةُ مِنَ المَوَاشِي فِي المَرْعى.

١٤٣٠ ـ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حَرَامِ بْنِ سَعْد بْنِ مُحَيِّصةَ؛ أَنَّ نَاقَةَ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائطَ رَجُلٍ فَأَفْسَدَتْ فِيهِ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتِ الْمَواشِي بِاللَّيْلِ، ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا.

قال أبو عمر: ضَامِنٌ هُنا بِمَعْنى مَضْمُونٍ.

هَكَذا روَى هَذا الحَدِيثَ جَماعَةُ رُوَاةِ «المُوَطَّإِ» فِيما رَوَوا مُرْسلاً.

وَاخْتَلَفَ أَصْحابُ ابْنِ شِهابٍ عَنِ ابْنِ شِهابٍ فِيهِ، فَرَوَاهُ الأَوْزَاعِيُّ، وَصَالِحُ بْنُ كيسانَ، وَمُحمدُ بْنُ إِسْحاقَ، كَما رَوَاهُ مَالِكٌ.

وَكَذَلِكَ رَوَاهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ، إِلا أَنَّهُ جعلَ مَعَ حَرامِ بْنِ سَعْدِ بْنِ محيصَةَ، سَعِيدَ بْنَ المُسَيَّبِ جَمِيعاً فِي هَذا الحَدِيثِ.

وَرَواهُ مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ حرامِ بْنِ محيصَةَ، عَنْ أَبِيهِ، وَلَمْ يَقُلْ فِيهِ عَنْ أَبِيهِ غَيرُ مَعمرٍ.

قَالَ مُحمدُ بْنُ يَحْيَى: لَمْ يتابعْ عَلَيهِ مَعمرٌ.

١٤٣٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٧، من كتاب الأقضية، باب ٨٢ (القضاء في الضواري والحريسة)، وقد أخرجه موصولاً، أبو داود في البيوع حديث ٣٥٦٩، ٣٥٧٠.

وَقالَ أبو دَاوُدَ: لَمْ يتابعْ عليهِ عَبْد الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعمرٍ.

قال أبو عمر: وَقالَ فِيهِ ابْنُ أبي ذِئْبٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ أَنَّهُ بَلَغهُ أَنَّ نَاقَةَ للبَراءِ بْنِ عَازِبٍ دَخلَتْ حَائِطَ قومٍ، فَأفسدَتْ فِيهِ، وَذَكَرَ مِثْلَ حَدِيثِ مَالِكٍ سَواءَ إلاَّ أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ حَرامَ بْنَ سَعْدِ بن مُحيصَةَ، وَلاَ غَيرَهُ.

وَرَواهُ ابْنُ جُريجٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، قالَ: حدَّثني أبو أُمامَةَ بْن سَهْلٍ [بْنِ حنيفٍ: أَنَّ نَاقَةَ دَخلَتْ فِي حَائِطِ قومٍ، فَأفْسَدَتْ فِيهِ، فَذَهَبَ أَهْلُ الحَائِطِ إلى النَّبيِّ ﷺ، فَقالَ النَّبيُّ ﷺ: «عَلى أهْلِ الأمْوَالِ حِفظُ أمْوَالِهِمْ نهاراً»، فَجعلَ الحَدِيثَ لابْنِ شِهابٍ عَنْ أبي أُمامَةَ بْنِ سَهْلٍ]، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّ النَّاقَةَ كَانَتْ لِلْبَرَاءِ.

وَجَائِزٌ أَنْ يَكُونَ الحَدِيثُ عِنْدَ ابْنِ شِهابٍ عَنِ ابْنِ مُحيصَةَ، وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ، وَعَنْ أبي أُمامَةَ، وَاللَّهُ أعْلَمُ، [فحدثَ بِهِ مَنْ شَاءَ مِنْهُم عَلى مَا حَضَرَهُ، وَكُلُّهم ثِقاتٌ أثْباتٌ].

وَعلى أيِّ حَالٍ كَانَ فالحَديثُ مِنْ مَراسِيلِ الثِّقاتِ؛ لأَنَّ جَمِيعَهُم ثِقَةٌ، وَهُوَ حَديثٌ تَلَقَّاهُ أهْلُ الحِجازِ، وطَائِفَةٌ مِنْ أهْلِ العِرَاقِ بالقَبُولِ، والعَمَلِ.

وَهُوَ مُوافِقٌ لِمَا نَصَّهُ اللَّهُ ـ عزَّ وجلَّ ـ فِي كِتَابِهِ عَنْ ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي ٱلْحَرْثِ﴾ [الأنبياء: ٧٨]، وَأَمَرَ نَبِيَّهُ ﷺ أَنْ يَقْتَدِيَ بِهِمَا فِيمَنْ أمرَهُ بالاقْتِداءِ بِهِمْ مِنْ أنْبِيائِهِ بِقَولِهِ تَبارَكَ اسْمُهُ: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُۖ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْۗ﴾ [الأنعام: ٩٠].

وَقالَ تَبارَكَ وَتعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًاۚ﴾ [الأنبياء: ٧٨، ٧٩].

وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ العِلْمِ بِتَأْوِيلِ القُرآنِ وَلُغَةِ أَهْلِ العَرَبِ أَنَّ النَّفشَ لَا يَكُونُ إلا بِاللَّيْلِ.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعمرٍ، عَنِ الزُّهريِّ، قَالَ: النَّفْشُ بِاللَّيْلِ، وَالهَمَلُ بِالنَّهارِ.

قَالَ: وَأَخْبَرَنَا مَعمرٌ، عَنْ قَتَادَةَ، عَنِ الشعبيِّ أَنَّ شَاةَ وَقَعَتْ فِي غزلِ حَائِكٍ، وَاخْتَصَمُوا إِلى شُريحٍ، فَقالَ الشَّعبيُّ: انْظُرُوا فَإِنَّهُ سَيَسْأَلُهم: أَلَيْلاً وَقَعَتْ فِيهِ أَمْ نَهاراً، فَفَعَلَ، ثُمَّ قَالَ: إِنْ كَانَ بِاللَّيْلِ ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ بِالنَّهارِ لَمْ يَضمنْ، ثُمَّ قَرأَ شُريحٌ: ﴿إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ﴾ [الأنبياء: ٧٨].

وَقالَ: النَّفْشُ بِاللَّيلِ، وَالهَمَلُ بِالنَّهارِ.

قَالَ: وَقَالَ مَعمرٌ، وَابْنُ جُريجٍ: بَلَغنا أَنَّ حَرْثَهُمْ كَانَ عنباً.

وَاخْتَلَفَ الْفقهاءُ فِي هَذا المعْنى عَلى أَرْبَعَةِ أَقْوَالٍ:

أحدها: كُلُّ دَابَّةٍ مُرْسَلَةٍ فَصَاحِبُها ضَامِنٌ.

والثَّاني: لا ضَمانَ فِيمَا أصابَ المُنْفَلِتَة مِنَ الدَّوابِّ وَالمَوَاشي:

والثَّالث: مَا أصَابَتْ بِاللَّيْلِ فَهُوَ مَضْمُونٌ، وَمَا أَصَابَتْ بِالنَّهارِ فَغَيرُ مَضْمُونٍ.

والرَّابع: الفَرقُ بَيْنَ الأَمْوَالِ وَالدِّمَاءِ:

فَأَمَّا أَقْوَالُ الفُقهاءِ فِي هَذا البَابِ، فَذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَم، قالَ: قَالَ مَالِكٌ: مَا أَفْسَدَتِ المَوَاشِي وَالدَّوابُّ مِنَ الزَّرْعِ وَالحَوَائِطِ بِاللَّيْلِ، فَضَمانٌ ذَلِكَ عَلى أَهْلِها، وَمَا كَانَ بِالنَّهارِ، فَلا شَيْءَ عَلى أَصْحابِ الدَّوَابِّ، وَيُقَومُ الزَّرْعُ عَلى الَّذِي أَفسدَتْ بِاللَّيْلِ عَلى الرَّجاءِ وَالخَوْفِ.

قَالَ: وَالحَوائِطُ الَّتِي [تحرث والتي] لَا تُحرثُ سَوَاءٌ، والمُخَطَّرُ عَلَيهِ، وَغَيرُ المُخَطَّرِ سَواءٌ، يغرمُ أَهْلُها مَا أَصابَتْ بِاللَّيْلِ بَالِغًا مَا بَلَغَتْ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِها.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا انفَلَتَتْ دَابَّةٌ بِاللَّيْلِ، فَوطِئَتْ عَلى رَجُلٍ قَائِمٍ لَمْ يغْرمْ صَاحِبها شَيْئاً، وَإِنَّما هَذا فِي الحَوَائِطِ وَالزَّرْعِ وَالحَرْثِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا تقدمَ إِلى صَاحِبِ الكَلْبِ الضَّارِي، أو البَعيرِ، أو الدَّابَّةِ بِما أفْسدَتْ لَيْلاً [أو نَهاراً]، فَعَلَيهِم غُرْمُهُ.

قال أبو عمر: لاَ خِلاَفَ عَنْ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ [فِي ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ فِي كِتَابِهِ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وأَصْحَابه] إِلَّا فِيمَا ذكَرَ مِنَ التقدم إِلى صَاحِبِ الدَّابَّةِ الضَّارِيَةَ، أو الكَلْبِ الضَّارِي، وَالبَعِيرِ الصَّؤولِ فَإِنَّ التقدمَ فِي ذَلِكَ سَواءٌ عِنْدَهُ، وَإِنَّما يضْمنُ عِنْدَهُم فِي الدَّوَابِّ وَالمَوَاشِي مَا أَفسدَتْ فِي الحَائِطِ والزَّرعِ والأَعْنابِ [والثِّمَار] باللَّيْلِ دُونَ النَّهارِ.

وَسَتَأتِي مَسْأَلَةُ الجَمَلِ الصَّؤولِ، وَالكَلْبِ العَقُورِ فِي مَوْضِعِها إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ.

وَإِنَّما وَجَبَ ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ الضَّمانُ عَلى أَرْبابِ المَوَاشِي فِيمَا أَفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ، وَشِبْهِهِ بِاللَّيْلِ دُونَ النَّهارِ؛ لأَنَّ اللَّيْلَ وَقْتُ رُجُوعِ المَاشِيَةِ إِلى مَوَاضِعِ مَبِيتِها مِنْ دُورِ أَصْحَابِها، وَرِحَالِهِمْ لِيَحْفَظُوها، وَيَمْسكُوها عَنِ الخُرُوجِ إِلى حرثِ النَّاسِ وَحَوَائِطِهِمْ؛ لأَنَّها لا يُمْكِنُ أَرْبَابُها حِفْظها بِاللَّيْلِ؛ لأَنَّهُ وَقْتُ سكُونٍ وَرَاحَةٍ لَهُم مَعَ عِلْمِهِمْ أَنَّ المَوَاشِي قَدْ أَوَاها أَرْبَابُها إِلى أَمَاكِنِ قَرَارِها وَمَبِيتها، وَأَمَّا النَّهارُ فَيُمْكِنُ فِيهِ حِفْظُ الحَوَائِطِ وَحرزُها، وَتَعَاهدُها، وَدَفْعُ المواشِي عَنْها.

وَلا غِنى لأصْحابِ المَوَاشِي عَنْ مَشيْها لِتَرعى [فَهُوَ عيشُها]، فَألْزَمَ أهْلَ الحَوائِطِ حِفْظَها نَهاراً لِذَلِكَ، وَاللَّهُ أعْلَمُ، وألْزَمَ أرْبَابَ المَاشِيَةِ ضَمانَ مَا أفْسَدَتْ لَيْلاً لِتَفْرِيطِهِمْ فِي ضَبْطِها وَحَبْسِها عَنِ الانْتِشَارِ باللَّيْلِ.

وَلَمَّا كَانَ على أرْبَابِ الحَوَائِطِ حِفْظُ حَوائِطِهِمْ فِي النَّارِ فَلَمْ يَفْعَلُوا كَانَتِ المُصِيبَةُ مِنْهُم لِتَفْرِيطِهم أيضاً وَتَضْيِيعِهم مَا كانَ يَلْزَمُهم مِنْ حِرَاسَةِ أمْوَالِهِمْ.

وَهَذا عِنْدِي ـ وَاللَّهُ أعْلَمُ ـ إذَا أُطْلِقَتِ الدَّوَابُّ وَالمَوَاشِي دُونَ رَاعٍ يَرْعَاهَا.

وَأمَّا إذا كَانَتْ تَرْعى وَمَعَها صَاحِبُها، فَلَمْ يَمْنَعْها [مِنْ زَرْعِ غَيْرِهِ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلى مَنْعِها]، فَهُوَ المُسلَّطُ لَها، وَهُوَ ـ حِينَئِذٍ ـ كَالسَّائِقِ، وَالرَّاكِبِ، وَالقَائِدِ.

وَسَيأْتِي ذِكْرُ اخْتِلافِ النَّاسِ فِي ذَلِكَ عِنْدَ قولِهِ ﷺ: «العَجْماءُ جرْحُها جُبارٌ»[1] ـ إنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ.

وَقالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ: يَضْمنُ رَبُّ المَاشِيَةِ مَا أفْسَدَتْ بِاللَّيْلِ والنَّهارِ، وَلَا يضْمنُ أكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ المَاشِيَةِ.

قال أبو عمر: لَمْ يُفَرِّقِ اللَّيْثُ بَيْنَ اللَّيْلِ وَالنَّهارِ فِي هَذا المعْنى، وَلَمْ يَتَجاوَزْ بِالضَّمانِ قِيمَةَ المَاشِيَةِ، وَأظُنُّهُ قَاسَهُ عَلى العَبْدِ الجَانِي ألا يَفْتَكَّهُ سَيِّدُهُ بِأكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ، وَأنَّ جِنَايَتَهُ فِي اللَّيْلِ وَالنَّهارِ سَوَاءٌ، فَخَالَفَ الحَدِيثَ فِي «العَجماءِ جرْحُها جُبارٌ» وَخالَفَ حَديثَ نَاقَةِ البَرَاءِ، وَقَدْ تَقَدَّمَهُ إلى ذَلِكَ طَائِفَةٌ مِنَ العُلماءِ مِنْهُمْ عَطَاءٌ.

قَالَ ابْنُ جُرِيجٍ: قُلْتُ لِعَطاءٍ: الحرْثُ تُصِيبُهُ المَاشِيَةُ لَيْلاً أو نَهاراً؟ قَالَ: يضْمنُ صَاحِبُها وَيَغرَمُ.

قُلْتُ: كَانَ عَلَيهِ حظرٌ أو لَمْ يَكُنْ؟ قَالَ: نَعَمْ، قُلْتُ: مَا يغرَمُ؟ قَالَ: يغرمُ قِيمَةَ مَا أكَلَ حِمَارُهُ، وَدَابَّتُهُ، وَمَا شِيَتُهُ.

وَقالَ مَعمرٌ، عَنِ ابْنِ شبرُمَةَ: يَقوَّمُ الزَّرْعُ على حَالِهِ الَّتِي أُصِيبَ عَلَيها دَرَاهِمَ.

وَذَكَرَ أبُو بَكْرٍ، قالَ: حَدَّثَنِي حفصٌ، عَنْ حجاجٍ، عَنِ القَاسِمِ بْنِ نافِعٍ، قالَ: قَالَ عُمَرُ: مَا أصَابَ المُنْفَلِتُ، فَلا ضَمانَ عَلى صَاحِبِهِ، وَمَنْ أصابَ المُنفلت ضَمِنَ.

---

(١) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في الديات باب ٢٨، ٢٩، والزكاة باب ٦٦، والمساقاة باب ٣، ومسلم في الحدود حديث ٤٥، ٤٦، وأبو داود، في الديات باب ٢٧، والترمذي في الزكاة باب ١٦، والأحكام باب ٣٧، والنسائي في الزكاة باب ٢٨، وابن ماجه في الديات باب ٢٧، والدارمي في الزكاة باب ٣٠، والديات باب ١٩، في الترجمة، ومالك في العقول حديث ١٢، وأحمد في المسند ٢/٢٢٨، ٢٣٩، ٢٥٤، ٢٧٤، ٢٨٥، ٣١٩، ٣٨٢، ٣٨٦، ٤٠٦، ٤١٥، ٤٥٤، ٤٥٦، ٤٦٧، ٤٧٥، ٤٨٢، ٤٩٣، ٤٩٥، ٤٩٩، ٥٠١، ٥/٣٢٦.

وَقالَ: حدَّثني عَبْدُ السَّلام، عَنْ عَمْرو بْنِ الحَسَنِ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ ـ فِي الدَّابَّةِ المُرْسَلَةِ تُصِيبُ مَا لَا لَيْسَ عَلَيهِ ضَمانٌ؟ ـ قَالَ: وَحَدَّثَني أَبُو خَالِدٍ، عَنِ الأَشْعَثِ، عَنِ الشَّعبيِّ، قالَ: كُلُّ مُرْسلَةٍ، فَصَاحِبُها ضَامِنٌ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ تَضْمِينُ رَبِّ المَاشِيَةِ لَيْلاً وَنَهاراً مِنْ طُرُقٍ لَا تَصِحُّ.

وَرُوِيَ عَنْهُما فِي البَعيرِ الضَّارِي؛ الجمل، وَالحِمارِ، والبَقَرةِ الضَّارِيَةِ أَنَّهُ يعْهدُ إِلى رَبِّها ثَلاثاً ثُمَّ يعْقَرْنَ، وَكَانَا يَأْمُرَانِ كُلَّ مَنْ لَهُ حَائِطٌ أَنْ يحظرَهُ حظاراً مِنَ النَّصارى يَكُونُ إِلى نحرِ البَعيرِ، فَإِنْ تسورَ ردَّ إِلى أَهْلِهِ ثَلاثَ مَرَّاتٍ، ثُمَّ عقرَ.

قال أبو عمر: الصَّوَابُ فِي هَذا البَابِ ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ أَنْ يَضْمَنَ رَبُّ المَاشِيَةِ مَا أَفْسَدَتْ لَيْلاً بَالِغاً مَا بَلَغَتِ الجِنَايَةُ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَدِيثِ نَاقَةِ البَرَاءِ الضَّمانُ مُطْلَقاً غَيرَ مُقَيَّدٍ بِقِيمَةِ النَّاقَةِ وَغَيرِها، وَأَنَّ حُكْمَ اللَّيْلِ فِي ذَلِكَ بِخِلَافِ حُكْمِ النَّهارِ.

وَكَانَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى يفْتِي بِقَولِ اللَّيْثِ فِي ذَلِكَ، يحْملُ النَّاسَ عَلَيهِ، وَقَضى بِهِ أَكْثَرُ القُضاةِ عِنْدَنا بَعْدَهُ، وَاعْتَلَّ عِنْدَهُم بِأَنَّ مَالِكاً يذهبُ إِلى ذَلِكَ فِي الدَّابَّةِ الضَّارِيَةِ المُعْتَادَةِ الانْطِلَاقِ عَلى زَرْعِ النَّاسِ.

وَاخْتَلَفَ قَولُ الثَّوريِّ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ:

فَروى ابْنُ المُبارَكِ عَنْهُ أَنَّهُ لا ضَمانَ عَلى أَصْحابِ المَاشِيَةِ بِاللَّيْلِ، وَلا بِالنَّهارِ.

وَهُوَ قولُ أَبي حَنِيفَةَ، وَأَصْحابِهِ، قَالُوا: لا ضَمَانَ عَلى أَرْبَابِ البَهائِمِ فِيمَا تُفْسدُهُ، أو تَجْنِي عَلَيهِ، لا فِي اللَّيْلِ، وَلا فِي النَّهارِ، إِلا أَنْ يَكُونَ رَاكِباً، أو سَائِقاً، أو قَائِداً.

وَحُجَّتُهم فِي ذَلِكَ قَولُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «العْجماءُ جرْحُها جُبارٌ»[1]، وَقَالُوا: هَذا حُكْمٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِخِلَاف مَا شرعَ لِدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ.

قَالَ اللَّهُ عزَّ وجلَّ: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [المائدة: ٤٨].

وَرَوى الوَاقِدِيُّ، عَنِ الثَّوريِّ فِي شَاةٍ وَقَعَتْ فِي غزلِ حَائِكٍ بِالنَّهارِ أَنَّهُ يضْمنُ.

فَقالَ الطَّحاوِيُّ: تَصْحِيحُ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ أَنَّهُ إِذَا أَرْسَلَها مَحْفُوظَةً لَمْ يضمنْ بِاللَّيْلِ، وَلا بِالنَّهارِ، وَإِذا أَرْسَلَها سَائِبَةً ضَمنَ.

قال أبو عمر: إِذَا كَانَ عَلى أَهْلِ الحَوائِطِ حِفْظُها بِالنَّهارِ فَقَدْ فعلَ أَرْبابُ المَوَاشِي

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه، انظر الحاشية السابقة.

إِذَا سَيَّبُوها مَا أبيحَ لَهُم، فَلاَ ضَمانَ عَلَيهم، عَلى ظَاهِرِ حَدِيثِ نَاقَةِ البَرَاءِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

١٤٣١ ـ مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ حَاطِبٍ؛ أَنَّ رَقِيقاً لِحَاطِبٍ سَرَقُوا نَاقَةً لِرَجُلٍ مِنْ مُزَيْنَةَ، فَانْتَحَرُوهَا[1]، فَرُفِعَ ذلِكَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَأَمَرَ عُمَرُ كَثِيرَ بْنَ الصَّلْتِ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: أَرَاكَ تُجِيعُهُمْ. ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ، لأغَرِّمَنَّكَ غُرْماً يَشُقُّ عَلَيْكَ، ثُمَّ قَالَ لِلْمُزَنِي: كَمْ ثَمَنُ نَاقَتِكَ؟ فَقَالَ الْمَزَنِّي: قَدْ كُنْتُ وَاللَّهِ أَمْنَعُهَا مِنْ أَرْبَعِمِائَةِ دِرْهَمٍ، فَقَالَ عُمَرُ: أَعْطِهِ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ: وَلَيْسَ عَلَى هذَا الْعَمَلِ عِنْدَنَا فِي تَضْعِيفِ الْقِيمَةِ، وَلكِنْ مَضَى أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا، عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَغْرَمُ الرَّجُلُ قِيمَةَ الْبَعِيرِ أَوِ الدَّابَّةِ، يَوْمَ يَأْخُذُهَا.

قال أبو عمر: أَدْخَلَ مَالِكٌ هَذَا الحَدِيثَ فِي كِتَابِهِ «المُوَطَّأ»، وَهُوَ حَدِيث لَمْ يُتَوَطَّأْ عَلَيهِ، وَلا قَالَ بِهِ أَحَدٌ مِنَ الفُقهاءِ، وَلا رأى، وَالعَملُ بِهِ إِنَّما تَركُوهُ ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ لِظَاهِرِ القُرآنِ والسُّنَّةِ المُجْتَمع عَلَيها.

فَأَمَّا القُرآنُ فَقَولُ اللَّهِ تَعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَلَمْ يَقُلْ: بِمِثْلِي مَا اعتدى عَلَيْكُمْ.

وَكَذَلِكَ قَولُهُ تَعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦].

وَأَمَّا السُّنَّةُ، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضى عَلى الَّذِي أَعْتقَ شقْصاً لَهُ فِي عَبْدٍ بِقِيمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ بِالعَدْلِ؛ لما أدْخلَ عَلَيهِ مِنَ النَّقصِ، وَضمنَ الصَّحفةَ الَّتي كَسرها بَعْضُ أَهْلِهِ بِصحفةٍ مِثْلِها. وَقالَ: «صحفَةٌ مِثْلُ صَحْفةٍ».

وَأَجْمَعَ العُلَماءُ عَلى أَنَّهُ لا يغرمُ مَنِ اسْتَهلكَ شَيْئاً إِلا مِثْلَهُ أو قِيمَتَهُ.

[وَأَجمَعُوا أَنَّهُ لا يُعْطى أَحَدٌ بِدَعْواهُ]، وَأَنَّ البَيِّنَةَ عَلَيهِ فِيمَا يَدَّعِيهِ إِذَا لَمْ يقرَّ لَهُ بِهِ المُدَّعى عَلَيهِ.

وَقالَ ﷺ: «لَو أُعْطِيَ قَومٌ بِدَعْوَاهُم لادَّعى قَومٌ دِمَاءَ قَومٍ، وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ البَيِّنَةَ عَلى المُدَّعِي».

١٤٣١ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٨، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١٠/ ٢٣٩.

(١) فانتحروها: أي نحروها.

وَفِي هَذا الحَدِيثِ تَصْدِيقُ المزنيّ فِيما ذَكَرَهُ مِنْ ثَمَنِ نَاقَتِهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مَا لَو صَحَّ كَانَ أَصْلاً لفظ عُمَرَ فِي تَضْعِيفِ القِيمَةِ فِي نَاقَةِ المزنيِّ، وَهُوَ حَدِيثُ عَمْرِو بْنِ شُعيبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي حَرِيسَةِ الجَبَلِ: «غَرامَةُ مِثْلَيْهَا وَجلداتُ نكال، وَلَا قَطْعَ»[1].

وَهَذا عِنْدَ العُلماءِ الَّذِينَ يُصَحِّحُونَ هَذا الحَدِيثَ مَنْسُوخٌ بِمَا يَتْلُونَ مِنْ كِتابِ اللَّهِ تَعالى، وَسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ المُجْتَمَعِ عَلَيها.

وَقَدْ كَانَ عُثمان يزيدُ فِي الشَّهْرِ الحَرامِ ثُلثَ الجِنَايَةِ فِي المَالِ، وَتَابَعَهُ ابْنُ شِهابٍ وَغَيرُهُ.

ذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعمرٍ، وَابْنُ جُرَيجٍ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ أَبانَ بْنِ عثمانَ أَنَّ عُثْمانَ أَغْرمَ فِي نَاقَةٍ محرم أَهْلَكَها رَجُلٌ، فَأَغْرمَهُ الثُّلُثَ زِيادَةً عَلى ثَمَنِها.

قَالَ: وَأَخْبَرَنا مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، قَالَ: مَا أُصيبتَ مِنْ مَواشِي النَّاسِ، وَأَمْوَالِهم فِي الشَّهْرِ الحَرَامِ، فَإِنَّهُ يُزَادُ فِيهِ الثُّلُثُ.

وَروى ابْنُ وَهْبٍ هَذا الحَدِيثَ، عَنْ أَبِي الزِّنادِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ حَاطِبٍ، عَنْ أَبِيهِ، وَسَاقَهُ بِنَحْوِ سِيَاقَةِ مَالِكٍ فِي مَعْنى الغُرْمِ، وتَصْدِيقِ المزنيِّ فِي ثَمَنِ نَاقَتِهِ، وَتَضْعِيفِ القِيمَةِ لَهُ.

وَقَدْ جَوَّدَهُ مَنْ قَالَ فِيهِ عَنْ أَبِيهِ فَإِنَّ يَحْيَى بْنَ عَبْدِ الرَّحمنِ لَمْ يَلْقَ عُمَرَ، وَلَا سَمعَ مِنْهُ، وَأَبُوهُ عَبْدُ الرَّحْمنِ سَمعَ مِنْ عُمَرَ، وَروى عَنْهُ إِلا أَنَّهُ قَالَ فِيهِ: إِنَّ هَذِهِ القِصَّةَ كَانَتْ [بَعْدَ مَوْتِ حَاطِبٍ.

وَهَذا غَلَطٌ عِنْدَ أَهْلِ السِّيَرِ؛ لأَنَّ حَاطِباً مَاتَ فِي سَنَةِ ثَلاثِينَ فِي خِلافَةِ عُثْمانَ.

وَالحَدِيثُ ذَكَرَهُ ابْنُ وَهْبٍ فِي مُوطَّئِهِ قَالَ: وَأَخْبرني عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ أَبي الزِّنادِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ حَاطِبٍ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: تُوفِّيَ حَاطِبٌ، وَتَركَ عَبِيداً يَعْمَلُونَ [فِي مَالِهِ]، فَأَرْسَلَ عُمَرُ إِلَيهِ ذَاتَ يوم ظُهْراً، وَهُمْ عِنْدَهُ، فَقالَ: هَؤُلاءِ أَعْبُدُكَ سَرَقُوا، وَوَجَبَ عَلَيْهِم مَا وَجَبَ عَلى السَّارِقِ، انْتَحرُوا نَاقَةً لِرَجُلٍ مِنْ مُزَيْنَةَ، وَاعْتَرَفُوا بِها، وَمَعَهُم المزنيُّ، فَأَمَرَ كثير بن الصَّلْتِ أَنْ يقطعَ أَيْدِيَهُمْ، ثُمَّ أَرْسَلَ، وَرَأى مَا يَأْتِي بِهِ بَعْدَ مَا ذَهَبَ بِهِ كثيرُ بْنُ الصَّلْتِ، فَجاءَ بِهِمْ، فَقالَ لِعَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ حَاطِبٍ: أَمَا وَاللَّهِ لَولَا أَظُنُّ أَنَّكُم تَسْتَعْمِلُونَهُم، وَتبيعُونَهُم حَتَّى

---

(١) أخرجه النسائي في السارق باب ١٢.

لَو أنَّ أحَدَكُم وَجَدَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيهِ، فَأكَلَهُ حَلَّ لَهُ لَقَطَعْتُ أيدِيَهُم، وَلَكِنَّ ـ وَاللَّهِ ـ إذْ تَرَكْتُهم لأغرِّمَنَّكَ غرماً يُوجِعُكَ، كَمْ ثَمنُها؟ للمزنيِّ قَالَ المزنيُّ: كُنْتُ ـ واللَّهِ ـ أمنعُها مِنْ أرْبَعِ مِائَةِ دِرْهَمٍ، قالَ: فَأعْطِهِ ثَمَانِي مِائَةِ دِرْهَمٍ.

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: قالَ مَالِكٌ: لَيْسَ الأمْرُ عِنْدَنَا عَلى هَذَا، وَلَكِنْ لَهُ قِيمَتُها.

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: وَحَدَّثَني مَالِكُ بْنُ أنَسٍ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَسَعِيدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحمنِ الجمحيُّ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أبِيهِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرحمنِ بْنِ حَاطِبٍ، عَنْ أبِيهِ مِثْلَهُ بِمَعْنَاهُ.

قال أبو عمر: هَكَذَا قَالَ ابْنُ وَهْبٍ فِي هَذَا الحَدِيثِ أيضاً عَنْ مَالِكٍ، وَمَنْ ذَكَرَ مَعَهُ عَنْ هِشامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أبِيهِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ حَاطِبٍ، عَنْ أبِيهِ.

وَلَيْسَ فِي «المُوَطَّأ» «عَنْ أبِيهِ» عِنْدَ جُمْهُورِ الرُّوَاةِ لَهُ عَنْ مَالِكٍ، وَأظُنُّ ابْنَ وَهْبٍ وَهِمَ فِيهِ عَنْ مَالِكٍ لِرِوَايَةِ اللَّيْثِ وَغيرِهِ لَهُ، كَذَلِكَ إذْ جَمَعَهُم فِي حَدِيثٍ وَاحِدٍ، وَكانَ عِنْدَهُ أيضاً فِيهِ عَنِ ابْنِ أبي الزِّنادِ بِإسْنَادِهِ كَذَلِكَ عَنْ أبِيهِ، فأجرى مَالِكاً مجْراهُم فِي ذَلِكَ، فوهِمَ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

وَلَعَلَّهُ أنْ يَكُونَ مَالِكاً ذَاكِراً بِما رَوَاهُ غَيْرُهُ، فَمالَ إلى ذِكْرِهِ؛ لأنَّهُ كَذَلِكَ رَوَاهُ عَنْهُ فِي مُوَطَّئِهِ دُونَ سَائِرِ الرُّوَاةِ.

قال أبو عمر: أجْمَعَ العُلماءُ عَلى أنَّ إقْرارَ العَبْدِ عَلى سَيِّدِهِ فِي مَالِهِ لا يَلْزَمُهُ.

وَفِي هَذا الحَدِيثِ أنَّ عُمَرَ أغْرمَ عَبْدَ الرَّحمنِ بْنِ حَاطِبٍ ما اعْتَرَفَ بِهِ عَبِيدُهُ.

وَهَذا خَبَرٌ تَدْفَعُهُ الأُصُولُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٢٩ ـ باب القضاء فيمن أصاب شيئاً من البهائم

قال مالكٌ: الأمْرُ عِنْدَنَا فيمَنْ أصَابَ شَيْئاً مِنَ الْبَهَائِمِ، إنَّ عَلَى الَّذِي أصَابَهَا قَدْرَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي حُكْمِ مَا يُصابُ مِنَ البَهَائِمِ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ أنَّهُ قَضى فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ بِرُبْعِ ثَمَنِها وَأنَّهُ كَتَبَ إلى شُريحٍ يَأمُرُهُ أنْ يَقْضِيَ بِذَلِكَ.

وَهُوَ قَولُ شُرِيحٍ، وَالشَّعبيِّ.

وَبِهِ قَالَ الحَسَنُ بْنُ حَيٍّ، وَالكُوفِيُّونَ، وَقضى بِهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ.

وَرَوى الحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ، عَنْ زُفَرَ أنَّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ مَا نَقصَ مِنَ البَهِيمَةِ.

وَهُوَ قَولُ مَالِكٍ، وَاللَّيْثِ، وَالشَّافِعِيِّ.

إِلَّا أَنَّ اللَّيْثَ قَدْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ الدَّابَّةَ إِنْ فُقِئَتْ عَيْنُها، أو كُسِرَتْ رِجْلُها، أو قُطعَ ذَنَبُها، فَعلى فَاعِلِ ذَلِكَ ضَمانُ الدَّابَّةِ حَتَّى يُؤَدِّي ثَمنَهَا، أو شِرَاؤُها.

وَقالَ الطَّحاويُّ: القِيَاسُ عِنْدَ أَصْحَابِنا إِيجَابُ النُّقْصانِ، إِلَّا مَنْ تَرَكُوا القِيَاسَ بِما رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ أَنَّهُ قَضى فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ بِرُبْعِ قِيمَتِها بِمَحضرٍ مِنَ الصَّحابَةِ مِنْ غَيرِ خِلافٍ مِنهُمْ، وَلأَنَّ غَيْرَهُ لَا يَكُونُ رَأْياً، وَإِنَّما هُوَ تَوْقِيفٌ.

١٤٣٤ (*)- قالَ مَالِكٌ فِي الْجَمَلِ يَصُولُ[١] عَلَى الرَّجُلِ فَيَخَافُهُ عَلَى نَفْسِهِ فَيَقْتُلُهُ أَوْ يَعْقِرُهُ[٢]: فَإِنَّهُ إِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ، عَلَى أَنَّهُ أَرادَهُ وَصَالَ عَلَيْهِ فَلاَ غُرْمَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ لَهُ بَيِّنَةٌ إِلاَّ مَقَالَتِهِ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْجَمَلِ.

قال أبو عمر: قَولُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كَقَوْلِ مَالِكٍ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: إذا صَالَ الجَمَلُ عَلَيهِ، وَأَرادَهُ، فَلَا ضَمانَ عَلَيهِ، كَما لَو قَصدَهُ رَجُلٌ لِيَقْتُلَهُ، فَدَفَعَهُ عَنْ نَفْسِهِ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلى دَفْعِهِ إِلا بِضَرْبِهِ، فَضَرَبَهُ فَقَتَلَهُ كَانَ هَدراً.

قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ، أو دُونَ نَفْسِهِ، فَهُوَ شَهِيدٌ»[٣].

وَإِذا سَقَطَ عَنهُ الأكثر كَانَ الأَقَلُّ أَسْقطَ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ فِي بَعِيرٍ صَالَ عَلى رَجُلٍ، فَقَتَلَهُ، فَهُوَ ضَامِنٌ.

وَهُوَ قَولُ عَطاءٍ.

وَرَوى عَلِيُّ بْنُ معبدٍ، عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: أَسْتَقْبِحُ أَنْ] أضمنَهُ.

وَقالَ الثَّوريُّ: يضْمَنُ.

قال أبو عمر: رَوى وَكِيعٌ، عَنِ الثَّورِيِّ، عَنْ مُغِيرةَ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ أَنَّ بَعِيراً افْتَرَسَ

١٤٣٤ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم وهو الباب ٢٩ (القضاء فيمن أصاب شيئاً من البهائم)، من كتاب الأقضية.

(*) سقط سهواً من ترقيم الأحاديث، ١٤٣٢، ١٤٣٣، فتنبه.

(١) يصول: أي يثب.

(٢) يعقره: بكسر قوائمه.

(٣) أخرجه البخاري في المظالم باب ٣٣، ومسلم في الإيمان حديث ٢٢٦، والترمذي في الديات باب ٢١، والنسائي في التحريم باب ٢٢، ٢٣، وابن ماجه في الحدود باب ٢١، وأحمد في المسند ٢/ ١٦٣، ٢٠٦، ٢١٧، ٢٢١.

رَجُلاً، فَقَتَلَهُ فَجاءَ رَجُلٌ، فَقَتَلَ البَعِيرَ، فَأَبْطَلَ شُرَيحٌ دِيَةَ الرَّجُلِ، وَضمنَ الرَّجُلُ دِيَةَ البَعِيرِ.

وَرَوى مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، قَالَ: يغرمُ قَاتِلُ البَهِيمَةِ، وَلَا يغرمُ أَهْلُها مَا قَتَلَتْ.

رَوى ابْنُ مَهْدِيٍّ، عَنْ زَمْعَةَ بْنِ صَالِحٍ، عَنِ ابْنِ طَاوسٍ، عَنْ أبيهِ قَالَ: اقْتُلُو الفَحْلَ إِذَا عَدَا عَلَيْكُمْ، وَلَا غُرمَ عَلَيْكُمْ.

وَابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنِ الأَسْوَدِ بْنِ قَيْسٍ، أَنَّ غُلاماً مِنْ قَومِهِ أَدْخَلَ بُخْتِيَّةً لِزَيْدِ بْنِ صَوحانَ فِي دَارِهِ، فَتَخبطَتْهُ فَقَتَلَتْهُ، فَجاءَ أَبُوهُ بِالسَّيْفِ، فَعَقَرَها، فَرفعَ ذَلِكَ إلى عُمَرَ، فَأَهْدَرَ دَمَ الغُلامِ، وَضَمَّنَ أَباهُ ثَمَنَ البُخْتِيَّةِ.

قَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَحَدَّثَنِي مُعاذُ بْنُ مُعاذٍ، عَنْ أَشْعَثَ، عَنِ الحَسَنِ فِي الرَّجُلِ يَلْقى البَهِيمةَ، فَيخافُها عَنْ نَفْسِهِ، قالَ: يَقْتُلُها وَثَمَنُها عَلَيهِ.

وَاحْتَجَّ الطَّحاوِيُّ للضَّمانِ بِأَنْ قَالَ: الضَّرُورَةُ إِلى مَالِ الغَيرِ لَا تُسْقِطُ الضَّمانَ، قَالَ: وَالفَرْقُ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالجَملِ أَنَّ القَاتِلَ يستحقُّ القَتْلَ لِقَتْلِهِ، وَلَو قَتَلَ الجَمَلُ الرَّجُلَ كَانَ هَدراً بِحُرْمَتِهِ بَعْدَ قَتْلِهِ كَهِي قَبْلَهُ.

٣٠ ـ باب القضاء فيما يعطى العمال

١٤٣٥ ـ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ دفَعَ إِلَى الْغَسَّالِ ثَوْباً يَصْبُغُهُ فصبغَهُ، فَقَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: لَمْ آمُرْكَ بِهذَا الصِّبْغِ. وَقَالَ الْغَسَّالُ: بَلْ أَنْتَ أَمَرْتَنِي بذَلِكَ: فَإِنَّ الْغَسَّالَ مُصَدَّقٌ فِي ذلِكَ، وَالْخَيَّاطُ مِثْلُ ذلِكَ، وَالصَّائِغُ مِثْلُ ذلِكَ، وَيَحْلِفُونَ عَلَى ذلِكَ، إلا أَنْ يَأْتُوا بِأَمْرٍ لاَ يُسْتَعْمَلُونَ فِي مِثْلِهِ، فَلاَ يَجُوزُ قَوْلُهُمْ فِي ذلِكَ، وَلْيَحْلِفْ صَاحِبُ الثَّوْبِ، فَإِنْ رَدَّهَا وَأَبَى أَنْ يَحْلَفَ، حُلِّفَ الصَّبَّاغُ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي هَذهِ المَسْأَلَةِ وَمِثْلِها:

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ كَقَولِ مَالِكٍ: «القَولُ قَولُ العمَّالِ».

وَمِنْهُم مَنْ قَالَ قَولُ رَبِّ الثَّوبِ.

وَالأَصْلُ فِي هَذا مَعْرِفَةُ المُدَّعِي عَلى المُدَّعَى عَلَيهِ، وَالقَولُ أبداً عِنْدَ جَمِيعِهم قَولُ المُدَّعَى عَلَيهِ إِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ.

فَمَنْ جَعَلَ رَبَّ الثَّوْبِ مُدَّعِياً فَلأَنَّهُ قَدْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَذِنَ لِلصَّبَّاغِ فِي صبغِ الثَّوبِ، ثُمَّ

١٤٣٥ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ٣٠ (القضاء فيما يعطى العمال) من كتاب الأقضية.

ادَّعى أنَّهُ لَمْ يَعْمَلْ لَهُ مَا أَمَرَهُ بِهِ وَكَذَلِكَ الخَيَّاطُ، قَدْ أَقَرَّ لَهُ رَبُّ الثَّوبِ [أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ] فِي قَطْعِهِ، ثُمَّ ادَّعى بَعْدُ أَنَّهُ لَمْ يقطَعْهُ القَطْعَ الَّذِي أَمَرَهُ بِهِ؛ لِيَمْضِي عَمَلَهُ بَاطِلاً.

وَمَنْ جَعَلَ القَولَ قَولَ رَبِّ الثَّوبِ، فَحُجَّتُهُ أَنَّ الصَّبَّاغَ أَحْدَثَ فِي ثَوبِ غَيْرِهِ مَا لَمْ يُوَافِقْهُ عَلَيهِ رَبُّهُ، وَلا بَيِّنَةَ لَهُ، وَصَارَ مُدَّعِياً، وَرَبُّ الثَّوبِ مُنْكِرٌ لِدَعْواهُ أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ العَملِ، فَالقَولُ قَولُهُ؛ لإِجْمَاعِهِمْ أَنَّهُما لَوِ اتَّفَقَا عَلى أَنَّهُ [اسْتَأْجَرَهُ] عَلى عَمَلٍ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ عَملَهُ، فقالَ رَبُّ المَالِ: لَمْ يَعْمَلْهُ، فَالقولُ قَولُ رَبِّ العَملِ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ فِي كِتابِ «اخْتِلافِ ابْنِ أبي لَيلى، وَأَبِي حَنِيفَةَ»: لَوِ اخْتَلَفا فِي ثَوبٍ، فَقالَ لَهُ رَبُّهُ: أَمَرْتُكَ أَنْ تَقْطَعَهُ قَمِيصاً، وَقالَ الآخرُ: بَلْ قُبَاءً.

[قَالَ ابْنُ أَبِي لَيلى]: القَولُ قَولُ الخيَّاطِ؛ لاِجْتِمَاعِهِما على القَطْعِ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ: القَولُ قَولُ رَبِّ الثَّوْبِ، قَالَ: لأَنَّهُما قَدِ اجْتَمَعَا؛ لأَنَّهُ قَدْ أَمَرَهُ بِالقَطْعِ، [فَلَم يَعْمَلْ] لَهُ عَمَلَهُ كَما لَوِ اسْتَأْجَرَهُ عَلى حَمْلِ شَيْءٍ بِإِجَارَةٍ فَقالَ: لَقَدْ حَمَلْتُهُ، لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلَّا بِإِقْرارِ صَاحِبِهِ.

[قَالَ الشَّافِعِيُّ]: وَهَذا أَشْبَهُ القَوْلَيْنِ، وَكِلَاهُما مدخولٌ.

قَالَ المزنيُّ: هُوَ كَما قَالَ الشَّافِعِيُّ؛ لأَنَّهُ لَا خِلافَ أَعْلَمُهُ بَيْنَهم أَنَّهُ «مَنْ أَحْدَثَ حَدَثاً فِيما لا يمْلكُ، فَإِنَّهُ مَأْخُوذٌ بِحَدَثِهِ، وَأَنَّ الدَّعْوى لَا تَنْفَعُهُ»، وَالخيَّاطُ مُقرٌّ بِأَنَّ الثَّوبَ لِرَبِّهِ، وَأَنَّهُ أَحْدَثَ حَدثاً وَادَّعى وَإِجَازَتَهُ عَلَيهِ، فَإِنْ أَقامَ بَيِّنَةً عَلى دَعْواهُ، وَإِلا حلفَ صَاحِبُهُ، وَضمنَ مَا أَحْدَثَهُ في ثَوبِهِ.

قال أبو عمر: المُدَّعِي مَتَى أَشْكلَ أَمْرُهُ مِنَ المُدَّعى عَلَيهِ، فَوَاجِبُ الاعْتِبارِ فِيهِ هَلْ هُوَ آخِذٌ، أو دَافِعٌ؟ وَهَلْ يطْلبُ اسْتِحْقاق شَيْءٍ عَلى غَيْرِهِ، أو ينفيهِ، فَالطَّالِبُ أبداً مُدَّعٍ وَالدَّافع المُنكرِ مَدَّعًى عَلَيهِ، فَقِفْ عَلى هَذا الأَصْلِ تُصِبْ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ أَصْحابُ مَالِكٍ إِذَا قَالَ رَبُّ الثَّوبِ لِلصَّانِعِ [أَوْدَعْتُكَ الثَّوْبَ، وَقالَ الصَّانِعُ]: بَلْ أَعْطَيتَنِيهِ لِلْعَمَلِ، فَالقَولُ قَولُ الصَّانِعِ مَعَ يَمِينِهِ عَنْدَ ابْنِ القَاسِمِ.

قَالَ سَحْنُونُ: وَقَالَ غَيْرُهُ: الصَّانِعُ مُدَّعٍ، والقَولُ قَولُ رَبِّ الثَّوبِ، كَما لَو قَالَ لَمْ أَدْفَعْهُ إِلَيكَ، وَلَكِنْ سرقَ مِنِّي كَانَ القَولُ قَولَهُ.

قال أبو عمر: الأَمْرُ فِي هذا وَاضِحٌ بَأَنَّ القَوْلَ قولُ رَبِّ الثَّوبِ فِي إِجْمَاعِهِمْ عَلى أَنَّهُ لَو قَالَ: رَهَنْتني ثَوْبَكَ هَذا، وَقالَ رَبَّهُ: بَلْ أَوْدَعْتُكَهُ أَنَّ القَوْلَ قَولُ رَبِّ الثَّوبِ.

١٤٣٦ ـ قَالَ مَالكٌ فِي الصَّبَّاغِ يُدْفَعُ إِلَيْهِ الثَّوْبُ فَيُخْطِىءُ بِهِ فَيَدْفَعُهُ إِلَى رَجُلٍ آخَرَ حَتَّى يَلْبَسَهُ الَّذِي أعْطَاهُ إِيَّاهُ: إِنَّهُ لاَ غُرْمَ عَلَى الَّذِي لَبِسَهُ، وَيَغْرَمُ الْغَسَّالُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ، وَذلِكَ إِذَا لَبِسَ الثَّوْبَ الَّذِي دُفعَ إِلَيْهِ، عَلَى غَيْرِ مَعْرِفَةٍ بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ، فَإِنْ لَبِسَهُ وَهُوَ يَعْرِفُ أَنَّهُ لَيْسَ ثَوْبَهُ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ.

قال أبو عمر: خَالَفَهُ أكْثَرُ الفُقهاءِ فِي هَذا مِنْهُم؛ الشَّافِعِيُّ وَالكُوفِيُّ، وَقَالُوا: رَبُّ الثَّوبِ مُخَيَّرٌ ـ إِنْ شَاءَ ضَمِنَ لابِسُهُ قِيمَةَ مَا لبسهُ إلا أنْ يَكُونَ أخْلفَةُ جداً فيضْمنُ وَإِنْ شَاءَ ذَلِكَ لِلْغسَّالِ الَّذِي أخْطأَ بِالثَّوْبِ؛ فَدفعَهُ إلى غَيرِ صَاحِبِهِ، فَإِنْ غرمَ الغسالُ رَجَعَ عَلى لابِسِ الثَّوبِ بِقِيمَةِ ما نقصَهُ اللِّباس أو بِقِيمته إنْ أخْلَقَهُ، وَإِنْ غَرمَ اللاَّبِسُ لَمْ يَرْجعْ بِشَيْءٍ عَلى أحَدٍ؛ لأنَّهُ إنَّما أغرمَ قِيمةَ مَا اسْتهلكَ كما لَوْ أخَذَ خبزاً، أو شَيئاً مِنَ المَأْكُولِ لِغَيْرِهِ، فَأعْطاهُ لِمَنْ أكَلَهُ أنَّ صَاحِبَهُ مُخَيَّرٌ، إنْ شَاءَ ضَمنَ الآكل وَإنْ شَاءَ ضَمنَ الَّذِي أخذَ خُبزَهُ.

إِلا أنَّهُم اخْتَلَفُوا هَا هُنا؛ فَقالَ بَعْضُهم: إنْ ضمنَ الآكِل، وَرَجع عَلى المُعْطِي؛ لأنَّهُ غرَّهُ، وَكَأنَّهُ تَطَوَّعَ لَهُ بِما أعْطاهُ.

هَذا إذَا لَمْ يَعْلَمِ الآكِلُ أنَّهُ مَالُ غَيرِهِ، فَإنْ علمَ ضَمنَ، وَلَمْ يرجعْ عَلى أحَدٍ.

وَمِنْهُم مَنْ قَالَ: يغرمُهُ الَّذِي أكَلَهُ عَلى كُلِّ حَالٍ؛ لأنَّ الأمْوَالَ تضْمنُ بالخَطَإِ، كَما تضْمنُ بِالعمْدِ، وَباللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٣١ ـ باب القضاء في الحمالة[١] والحول[٢]

١٤٣٧ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يُحِيلُ الرَّجُلَ عَلَى الرَّجُلِ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ، أَنَّهُ إِنْ أفْلَسَ الَّذِي أُحِيلَ عَلَيْهِ، أوْ مَاتَ فَلَمْ يَدَعْ وَفَاءً، فَلَيْسَ لِلْمُحْتَالِ عَلَى الَّذِي أحَالَهُ شَيْءٌ، وَأنَّهُ لاَ يَرْجعُ عَلَى صَاحِبِهِ الأوَّلِ.

١٤٣٦ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، من الكتاب والباب السابقين.

(١) الحمالة: قال ابن الأثير الجزري في النهاية في غريب الحديث: الحمالة، بالفتح، ما يتحمله الإنسان عن غيره من دية أو غرامة، مثل أن يقع حرب بين فريقين. يسفك فيها الدماء، فيدخل بينهم رجل يتحمل ديات القتلى ليصلح ذات البين. وقال القاضي عياض: الحمالة هي الضمان.

(٢) الحول: جمع الحوالة، بالفتح، مأخوذة من حولت الرداء، نقلت كل طرف إلى موضع الآخر، فأحلته بدينه، أي نقلته إلى ذمة غير ذمتك، وقال القاضي عياض: الحوالة: من إحالة من له عليك دين، بمثله على غريم لك آخر.

١٤٣٧ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو باب ٣١ (القضاء في الحمالة والحول) من كتاب الأقضية.

قَالَ مَالِكٌ: وَهذَا الأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الرَّجُلُ يَتَحَمَّلُ لَهُ الرَّجُلُ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ، ثُمَّ يَهْلِكُ الْمُتَحَمِّلُ، أَوْ يُفْلِسُ، فَإِنَّ الَّذِي تُحُمِّلَ لَهُ، يَرْجِعُ عَلَى غَرِيمِهِ الأَوَّلِ.

قال أبو عمر: عِنْدَ مَالِكٍ فِي بَابِ الحوالَةِ حَدِيثٌ مُسْنَدٌ، رَوَاهُ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الأَعْرجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَطلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ وَإِذَا أُتْبعَ أَحدُكُمْ عَلَى مَليءٍ، فَلْيَتْبَعْ»(١).

وَهَذَا الحَدِيثُ فِي رِوَايَةِ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ فِي «المُوطَّأ» فِي بَابِ جَامعِ الدَّيْنِ وَالحولِ مِنْ كِتَابِ البُيوعِ، وَهُوَ عِنْدَ جماعَةٍ مِنْ رُوَاةِ «المُوطَّأ» هَا هُنا.

وَالحَوالَةُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأَكْثَرِ العُلماءِ خِلافُ الحمالَةِ.

وَالَّذِي عَلَيهِ مَالِكٌ وَأَصْحابُهُ فِي الحَوالَةِ مَا ذَكَرَهُ فِي «المُوطَّأ» إلا أَنَّهُ لَمْ يذْكرْ: «إِذَا غرَّهُ مِنْ فلسٍ، عَلمَهُ فَإِنَّهُ يرجعُ عَلَيهِ كالحمالَةِ»، وَكَذَلِكَ لَو أَحَالَهُ عَلى مَنْ لا دَيْنَ لَهُ عَلَيهِ، فَهِيَ حمالَةٌ يرْجعُ بِها إِنْ لَحقَهُ تَوَاً.

وَقَدْ ذَكرَ هَذا مِنَ الوَجْهَيْنِ ابْنُ القَاسِمِ وَغَيْرُهُ عَنْ مَالِكٍ، قَالُوا عَنْ مَالِكٍ: إِذا حالَ غَرِيمُهُ عَنْ غَريمٍ لَهُ، فَقَدْ بَرِىءَ المُحيلُ، وَلَا يرجعُ عَلَيهِ المُحالُ بِإِفْلاسٍ، وَلَا مَوْتٍ إلا أَنْ يغرَّهُ مِنْ فَلَسٍ عَلمَهُ مِنْ غَرِيمِهِ الَّذِي أَحالَ عَلَيهِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ رَجعَ عَلَيهِ، وَإِنْ لَمْ يغرَّهُ مِنْ فَلَسٍ عَلمهُ إِذَا كَانَ لَهُ دَيْنٌ، وَإِنْ غرَّهُ، أَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيهِ شَيْءٌ، فَإِنَّهُ يرجعُ عَلَيهِ إِذَا أَحَالَهُ، قَالَ: وَهَذِهِ حمالَةٌ.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: يرجعُ المُحيلُ بِالحَوَالَةِ، وَلا يرجعُ عَلَيهِ بِمَوْتٍ، وَلا إِفْلاسٍ.

وَهُوَ قَولُ أَحْمَدَ، وَأَبِي عُبَيدٍ، وَأَبِي ثَورٍ أَنَّهُ لَا يَرْجعُ عَلى المُحيلِ بِمَوْتٍ، وَلَا إِفْلاسٍ، وَسَواءٌ غَرَّهُ، أَو لَمْ يغرَّهُ مِنْ فَلَسٍ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، وَغَيْرِهِ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ يَبْدأُ المُحِيلُ بِالحَوالَةِ، وَلا يرجعُ عَلَيهِ إِلا بَعْدَ التَّوي(٢).

وَالتَّوي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ يَمُوتَ المُحالُ عَلَيهِ مُفْلِساً، أَو يحلِفَ مَالَهُ شَيْءٌ، وَلَمْ تَكُنْ لِلْمُحيلِ بَيِّنَةٌ.

---

(١) أخرجه البخاري في الحوالات باب ١، ٢، ومسلم في المساقاة حديث ٣٣، وأبو داود في البيوع باب ١٠، والترمذي في البيوع باب ٦٨، والنسائي في البيوع باب ١٠٠، ١٠١، وابن ماجه في الصدقات باب ٨، والدارمي في البيوع باب ٤٨، ومالك في البيوع حديث ٨٤، وأحمد في المسند ٢/ ٢٤٥، ٢٥٤، ٣١٥، ٣٧٧، ٣٨٠، ٤٦٤، ٤٦٥.

(٢) التوي: التلف والهلاك.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ: هَذا توي، وَإِفْلاسُ المُحالِ عَلَيهِ توي أَيضاً.

وَقَالَ شُريحٌ، وَالشَّعْبِيُّ والنَّخعيُّ: إِذَا أَفْلَسَ، أَو مَاتَ رَجَعَ عَلى المُحِيلِ.

وَقَالَ عُثْمانُ البتيُّ: الحوالَةُ لا تُبرِىءُ المُحيلُ إلا أَنْ يشْترِطَ بَرَاءَتَه، فَإِنْ شَرطَ البَرَاءَةِ بِيَدِ المُحِيلِ إذا أَحَالَهُ عَلى مَليءٍ، وَإِنْ أَحَالَهُ عَلى مُفْلِسٍ، وَلَمْ يَقُلْ إِنَّهُ مُفْلسٌ فإِنَّهُ يَرجعُ عَلَيهِ، وَإِنْ أَبرَأَهُ، وَإِنْ أَعْلَمَهُ أَنَّهُ مُفْلِسٌ وَأَبْرَأَهُ لَمْ يرجعْ عَلى المُحِيلِ.

وَرَوَى ابْنُ المُبارك، عَنِ الثَّوريِّ إِذَا أَحَالَهُ عَلى رَجُلٍ فَأَفْلَسَ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجعَ عَلى الآخرِ إِلا بِمَحْضَرِهِمَا، وَإِنْ مَاتَ وَلَهُ وَرثَةٌ، وَلَمْ يَتْرُكْ شَيْئاً رَجعَ حَضَرُوا، أَو لَمْ يَحْضُرُوا.

وَرَوَى المعافى، عَنِ الثَّوريِّ: إِذَا كفلَ لِمَدِينِ رجل بمالٍ وَأَبْرَأَهُ بَرِيءَ، وَلا يرجعُ إِلا أَنْ يفْلِسَ الكَبِيرُ أَو يَموتَ، فَيرجعُ عَلى صَاحِبِهِ حِينَئِذٍ.

وَقَالَ اللَّيْثُ فِي الحوالَةِ: لَا يرجعُ إِذَا أَفْلَسَ المُحالُ عَلَيهِ.

وَقَالَ زُفَرُ، وَالقَاسِمُ بْنُ معنٍ فِي الحوالَةِ: لَهُ أَنْ يَأْخُذُ كُلّ وَاحِدٍ مِنْهُما بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيلى: يبْرَأُ صَاحِبُ الأَصْلِ بِالحَوالَةِ.

قال أبو عمر: هَذا اخْتِلافُهُم فِي الحوالَةِ، وَأَمَّا الكفالَةُ وَالحمَالَةُ، وَهُمَا لَفظَتَانِ مَعْنَاهُما الضَّمَانِ فاختلاف العُلماء في الضَّمان عَلى مَا أَوْرَدَهُ بِحَوْلِ اللَّهِ لاَ شَرِيكَ لَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا كَانَ المَطْلُوبُ مليًا بِالحَقِّ لَمْ يَأْخذِ الكَفِيلُ الَّذِي كفلَ بِهِ عَنْهُ، وَلَكِنَّهُ يَأْخُذُ حَقَّهُ مِنَ المَطْلُوبِ، فَإِنَّ نقصَ شَيْءٌ مِنْ حَقِّهِ أَخَذَهُ مِنْ مَالِ الحميلِ، إلا أَنْ يَكُونَ الَّذِي عَلَيهِ الحَقُّ عَلَيهِ دُيونٌ لِغَيْرِهِ، فَيخافُ صَاحِبُ الحقِّ أَنْ يخاصِمَهُ الغُرماءُ، أَو كَانَ غَائِباً، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ الحميلَ، وَيَدَعَهُ.

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: لَقَدْ كَانَ يَقُولُ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُما شَاءَ، ثُمَّ رَجعَ إِلى هَذا القَولِ.

وَقَالَ اللَّيْثُ: إِذَا كفلَ المالَ، وعَرفَ مبْلغَهُ جَازَ عَلَيهِ، وَأَخَذَ بِهِ، وَقَالَ: إِنْ كفلت لَكَ بحقّكَ، وَلَمْ أَعْرِفِ الحَقَّ لَمْ يُجْبَرْ؛ لأَنَّهُ مَجْهُولٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهما، والثَّوريُّ، وَالأَوْزَاعِيُّ، وَأَحْمَدُ، [وَإِسْحاقَ]: إِذَا كفلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ، فللطَّالِبِ أَنْ يَأْخذَ مِنْ أَيِّهِمَا شَاءَ مِنَ المَطْلُوبِ، وَمِنَ الكَفِيلِ.

وَقَالَ أَبُو ثَورٍ: الكفالَةُ وَالحوالَةُ سَواءٌ، وَمَنْ ضمنَ عَنْ رَجُلٍ مَالاً لَزِمَهُ، وَبَرِىءَ

المضْمُون عَنْهُ، قَالَ: وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَالاً وَاحِداً عَنِ اثْنَيْنِ.

وَهُوَ قَولُ ابْنِ أَبِي لَيلى؛ قالَ أَبو يُوسُفَ: قالَ ابْنُ أبي لَيلى: لَيْسَ [لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الَّذِي عَلَيهِ الأَصْلُ، قَالَ: وَإِنْ كَانَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ كَانَ] لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُما شَاءَ.

قَالَ أَبُو يُوسُفَ: وَقَالَ ابْنُ شبْرمَةَ فِي الكفَالَةِ: إِنِ اشْتَرَطَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُما كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ، فَأَيهما اخْتَار أَخذَهُ، وَبَرِىءَ الآخَر، إلا أَنْ يشْترطَ أَخْذَها، إِنْ شَاءَ جَمِيعاً.

وَروى شُعيبُ بْنُ صَفْوانَ، عَنِ ابْنِ شِبْرمة فِيمَنْ ضَمنَ عَنْ رَجُلٍ مَالاً أَنَّهُ يَبْرَأُ المَضْمُونُ عَنْهُ، وَالمَالُ عَلى الكَفِيلِ.

وَقالَ فِي رَجُلَيْنِ أَقْرَضَا رَجُلاً أَلْف دِرْهَم عَلى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُما كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَحَدُهُما بَأَصْلِ المَالِ، وَإِنَّما لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِما كَفلَ لَهُ عَنْ صَاحِبِهِ، وَهَذِهِ خِلافُ رِوَايَةِ أَبِي يُوسُفَ.

قال أبو عمر: هَذِهِ أَقْوالُهُمْ، وَمَذَاهِبُهُمْ فِي الكفَالَةِ بَالمَالِ، وَأَمَّا الكفَالَةُ بِالنَّفسِ، فَهِيَ جَائزَةٌ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ، إلا فِي القصاصِ والحُدُودِ.

وَهُوَ قَولُ الأَوْزَاعِيِّ، وَاللَّيْثِ، وَأَبِي حَنِيفَةَ، وَأَصْحابِهِ.

وَأَمَّا الشَّافعيُّ، فَمَرَّةً ضعفَ الكفالةَ بالنَّفسِ عَلى كُلِّ حَالٍ، وَمَرَّةً أَجَازَهَا عَلى المَالِ.

وَقالَ مَالِكٌ: إِذَا كَفلَ بِنَفَسِهِ إِلى أَجَلٍ وَعَلَيهِ مَالٌ غرمَ المالَ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ عَنْدَ الأَجَلِ، ويَرجعُ بِهِ عَلى المَطْلُوبِ، فَإِنِ اشْتَرَطَ الضَّامِنُ بَالنَّفسِ أَنَّهُ لَا يضْمنُ المَالَ كَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ مِنَ المَالِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ: إِذا كفلَ بالنَّفسِ، وَمَاتَ المَطْلُوبُ بَرِىءَ الكَفِيلُ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ.

وَقالَ عُثْمَانُ البتيُّ: إِذَا كفلَ بِنفسٍ فِي قصاصٍ، أَو جراحٍ فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَجِىءْ بِهِ لَزِمَتْهُ الدِّيَةُ، أَو أَرْشُ الجِنَايَةِ، وَهِيَ لَهُ فِي مَالِ الجَانِي، وَلَا قصَاصَ - عَلِمْتُ - عَلى الكَفِيلِ.

قال أبو عمر: أَمَّا الحوالَةُ، فَالأَصْلُ فِيها قَولُهُ ﷺ: «إِذَا أُتْبعَ أَحدُكُم على مليءٍ فَلْيتبعْ»[1].

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

وهَذَا هُوَ الحالَةُ بِعَيْنِها بِدَلِيلِ رِوَايَةِ يُونُس [بْنِ عُبيدٍ]، عَنْ نَافع، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَطلُ الغَنيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُحِلْتَ على مَليءٍ فَاتْبَعْهُ».

[وَفِي قَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِذَا أحلت عَلى مَلِيِّء، فأتبعْهُ] وَقولُهُ: «إِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلى مَليءٍ، فَلْيتبَعْ»، دَلِيلٌ عَلى أنهُ إِذَا أُحِيلَ عَلى غَيرِ مليءٍ لَمْ تَصحَّ الإِحَالَةُ.

وَفِي ذَلِكَ مَا يُوضِّحُ لَكَ مَا ذَهَبَ إِليهِ مَالِكٌ ـ رحمهُ اللَّهُ ـ أَنَّ المُحيلَ إِذَا غرَّ المحالَ مِنْ فَلَسِ المُحالِ عَلَيهِ، فَإِنَّهُ لا تَلْزَمُهُ الحَوالَةُ، وَلَهُ رجُوعُهُ بِمَالِهِ عَلى المُحالِ؛ لأَنَّهُ لمَّا شَرَطَ المليءَ فِي الحَوالَةِ دَلَّ ذَلِكَ عَلى أَنَّ عَدَمَ ذَلِكَ يُوجِبُ غُرْمَ المَالِ.

وَلَا حُجَّةَ عِنْدِي لِلْكوفِيِّينَ فِيما نزعُوا بِهِ مِنْ هَذا الحَدِيثِ أَنَّهُ إِذَا أَفْلَسَ المُحالُ عَلَيهِ، أَو مَاتَ كَانَ لَهُ الرُّجوعُ؛ لأَنَّ زَوالَ المِلْكِ يُوجِبُ الرُّجُوعَ عَلى المُحالِ.

وَلَهُمْ فِي ذَلِكَ حُجَجٌ مِنْ جِهَةِ المُقَايَسَاتِ، لَمْ أَرَ لِذِكْرِهَا وَجْهاً.

وَكَذَلِكَ قَالُوا: إِنَّ ظَاهِرَ الحَدِيثُ يُوجِبُ جَوازَ الحوالَةِ عَلى مَنْ لا دَيْنَ عَلَيْهِ لِلْمُحِيلِ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُفرِّقْ بَيْنَ مَنْ عَلَيهِ دَيْنٌ لِلْمحِيلِ، وَبَيْنَ مَنْ لا دَيْنَ عَلَيهِ.

وَهَذَا عِنْدِي لَيْسَ كَما قَالُوا؛ لأَنَّ الحوَالَةَ مَعْنَاها ابتياعُ ذِمَّةٍ بِذِمَّةٍ، وَمَنْ لا دَيْنَ عَلَيهِ لَيْسَ لِلْمُحِيلِ عَليهِ شَيْءٌ، إِلا أَنَّهُم جَعلُوا التَّطوُّعَ بِما فِي الذِّمَّةِ كَالذِّمَّةِ الَّتِي تَكُونُ عَنْ بَدَلٍ.

وَالكَلامُ فِي هَذا تَشْغِيبٌ، وَفِيهِ تَعَسُّفٌ، وشَغبٌ، وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ.

وَقالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ: الحوالَةُ عَلى المليءِ لازِمَةٌ، رَضِيَ بِهَا أَو لَمْ يَرْضَ [وَلَيْس بِشَيْءٍ]؛ لأَنَّ ابْتياعَ الذِّمَمِ كَابْتِيَاعِ الأَعْيَانِ فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ، وَالتِّجارَةُ لَا تَكُونُ إِلا عَنْ تَراضٍ.

وَأَمَّا الأَصْلُ فِي الضَّمانِ، فَقَولُ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] أَيْ كَفِيلٌ، وَحَمِيلٌ، وَضَامِنٌ.

وَمِنَ السُّنَّةِ حَدِيثُ قبيصَةَ بْنِ المُخارِقِ، قَالَ: تَحَمَّلْتُ حَمالَةً، فَأَتَيْتُ النبيَّ ﷺ، فَسَأَلْتُهُ عَنْهَا؟ فَقالَ: «نُخْرِجُها عَنْكَ مِنْ إِبِلِ الصَّدقَةِ يَا قَبيصةُ إِنَّ المَسْأَلَةَ لا تَحِلُّ إِلا فِي ثَلاثٍ: رَجُلٌ تَحَمَّلَ حَمالَةً، فَحَلَّتْ لَهُ المَسْأَلَةُ حَتَّى يَرُدَّها، ثُمَّ يمْسِكَ»(١)، وَذَكَرَ تَمامَ الحَدِيثِ.

---

(١) أخرجه مسلم في الزكاة حديث ١٠٩، وأبو داود في الزكاة، باب ٢٦، والنسائي في الزكاة باب ٨٠، والدارمي في الزكاة باب ٣٧، وأحمد في المسند ٣/ ٤٧٧، ٥/ ٦٠.

وَفِي إِخْلالِهِ المَسْأَلَة لِمَنْ تَحملَ حَمالةً عَنْ قَومٍ دَلِيلٌ عَلى لزُوم الحمالَةِ لِلْمُتحمِّلِ، وَوُجُوبِهَا عَلَيهِ.

وَقَدِ اسْتَدَلَّ بِهَذا الحَدِيثِ مَنْ قالَ: إِنَّ المكْفُولَ لَهُ تَجُوزُ لَهُ مُطَالَبَةُ الكَفِيلِ كَانَ المَكْفُولُ عَلَيهِ مليئاً، أَو مُعْدماً، وزعَمَ أَنَّ ذَلِكَ قولَ مَنْ قَالَ: إِنَّ المكْفُولَ لَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ [الكَفِيلِ إِذَا قَدرَ عَلى مُطالَبَةِ] المَكْفُولِ عَنْهُ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ أَبَاحَ المَسْأَلَةَ المُحَرَّمَةَ بِنَفْسِ الكفالَةِ وَلَمْ يعتبرْ حَالَ المُحْتملِ عَنْهُ.

وَفِي هَذَا الحَدِيثِ أَيضاً دَلِيلٌ عَلى جَوازِ الحمالَةِ بالمالِ المجْهُولِ؛ لأَنَّ فِيهِ «تحملْتُ حَمَالَةً» وَلَمْ يَذْكُرْ لَها قَدراً، [وَلَا مبْلغاً].

وَمِمَّنْ أَجَازَ الكفالَةَ، بالمَجْهُولِ مِنَ المَالِ: مَالِكٌ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهما.

وَقالَ ابْنُ أَبِي لَيلى، والشَّافِعِيُّ: لا تَصِحُّ الكفالَةُ بالمَجْهُولِ؛ لأَنَّها مُخَاطَرةٌ.

وَفِي هَذَا البَابِ أَيضاً حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحمد بْنِ عقيلٍ، عَنْ جَابِرٍ، أَنَّ رَجُلاً مَاتَ، وَعَلَيهِ دَيْنٌ، فَلَمْ يُصَلِّ عَلَيهِ النَّبِيُّ ﷺ حَتَّى قَالَ أَبُو اليَسَرِ: هُوَ عَلَيَّ، فَصَلَّى عَلَيهِ النبيُّ عليه السلامُ، فَجَاءهُ مِنَ الغدِ يَتَقَاضاهُ، فَقَالَ: إِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ أَمْسِ، ثُمَّ أَتَاهُ مِنْ [بَعْدِ] الغَدِ، فَأَعْطَاهُ، فَقَالَ النبيُّ ﷺ: «الآنَ بَرَدَتْ عَليهِ جِلْدَتُهُ».

هَكَذَا رَوَاهُ شريكٌ، عَنِ ابْنِ عقيلٍ، عَنْ جَابِرٍ.

وَقَدْ قَالَ: رَواهُ زَائِدَةُ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحمدِ بْنِ عَقيلٍ، عَنْ جَابِرٍ، فَقالَ فِيهِ: وَقالَ أَبُو قتادَةَ: دَيْنُهُ عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، وجعل مَكَانَ أَبِي اليسرِ أَبَا قَتادَةَ.

وَهَذَا الحَدِيثُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ المَطْلُوبَ لا يَبْرأُ بِكَفالَةِ الكَفِيلِ حَتَّى يَقَعَ الأَدَاءُ، وَيَدلُّ عَلى أَنَّ للطَّالِبِ أَنْ يَأْخُذَ بِمَالِهِ أَيَّهُما شَاءَ، وَيَدُلُّ عَلى أَنَّ مَنْ كَفلَ عَنْ إِنْسَانٍ بَغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجعَ عَلَيهِ؛ لأَنَّهُ لَو كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ لَقَامَ فِيهِ مقامَ الطَّالِبِ صَاحِب أَصْلِ الدَّيْنِ، وَلَمْ يَكُنِ النبيُّ ﷺ لِيُصَلِّيَ عَلَيهِ، وَلَا كَانَتْ جِلْدتُهُ لِتبردَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَأَمَّا حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي قَتادَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَجُلاً تُوفِّيَ عَلى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَتَركَ عَلَيهِ دِينَارَيْنِ، وَأَبى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُصَلِّي عَلَيهِ حَتَّى يُؤَدَّى عَنْهُ، فَتحملَ بِها أَبُو قَتَادَةَ، فَصَلَّى عَلَيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ(١).

وَقَدْ رُوِيَ فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي قَتادَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: أَتُصَلِّي عَلَيهِ يا رَسُولَ إِنْ قَضيْتُ عَنْهُ؟ قَالَ: «نَعمْ» فَقضى عَنْهُ، وَصَلَّى عَلَيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ(٢).

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

(٢) تقدم الحديث مع تخريجه.

وَقَدْ رَوَاهُ بُكَيْرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الأشَجِّ، عَنْ أَبِي قَتادَةَ: قَالَ سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِي مَنْ لا أَتَّهِمُ: أَنَّ رَجُلاً تُوُفِّيَ، فذكرَ الحَدِيثَ.

وَأحادِيثُ هَذا البَابِ معْلُومَةٌ عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ بِالنَّقْلِ كُلُّها؛ للاخْتِلافِ فِي أَسانِيدِها، [وَألْفَاظِها] وَتَضْعِيفِهم لِبَعْضِ نَاقِلَيها، وَأحْسَنُها حَدِيثُ الزُّهريِّ.

وَقَدِ اخْتُلِفَ عَلَيهِ فِيهِ أيضاً، فَرَواهُ مَعمر عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ جابِرٍ، قالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَا يُصَلِّي عَلى رَجُلٍ مَاتَ، وَعَليهِ دَيْنٌ، فَأُتِي بِمَيِّتٍ، فَقالَ: «أَعَلَيْهِ دَيْنٌ»؟ قَالُوا: نَعَمْ، دِينَارَانِ، فَقالَ: «صَلُّوا عَلى صَاحِبِكُمْ».

قَالَ أَبُو قَتادَةَ الأنْصارِيُّ: هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَصَلَّى عَلَيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَلَمَّا فَتَحَ اللَّهُ عَلى رَسُولِهِ ﷺ قالَ: «أنَا أَوْلى بِكُلِّ مُؤْمِنٍ مِنْ نَفْسِهِ، فَمَنْ تَرَكَ دَيْناً فَعَلَيَّ قَضاؤُهُ، وَمَنْ تَركَ مَالاً، فَلِوَرَثَتِهِ»(١).

هَكَذا رَوَاهُ [عَبْدُ الرَّزَّاقِ عَنْ مَعْمَرٍ، وَرَوَاهُ غَيْرُهُ] عَنِ الزُّهريِّ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ بِمِثْلِهِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، لَمْ يَذْكُرْ فِيهِ ضَمانَ أَبِي قَتادَةَ، وَذَكَرَ سَائِرَ الحَدِيثِ.

وَرَواهُ عقيلٌ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أيضاً، عَنِ النَّبيِّ ﷺ مُخْتَصراً، لَمْ يَذْكُرْ فِيهِ إِلا: «أَنَا أَوْلى بِالمُسْلِمِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» إِلَى آخرِهِ لَا غَير.

٣٢ ـ باب القضاء فيمن ابتاع ثوباً وبه عيب

١٤٣٨ ـ قَالَ مَالِكٌ: إِذَا ابْتَاعَ الرَّجُلُ ثَوْباً وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ خَرْقٍ أَوْ غيْرِهِ قَدْ عَلِمَهُ الْبَائِعُ، فَشُهِدَ عَلَيهِ بِذَلِكَ، أَوْ أَقَرَّ بِهِ، فَأَحْدَثَ فِيهِ الَّذِي ابْتَاعَهُ حَدَثاً مِنْ تَقْطِيعٍ يُنَقِّصُ ثَمَنَ الثَّوْبِ، ثُمَّ عَلِمَ الْمُبْتَاعُ بِالْعَيْبِ، فَهُوَ رَدٌّ عَلَى الْبَائِعِ، وَلَيْسَ عَلَى الَّذِي ابْتَاعَهُ غُرْمٌ فِي تَقْطِيعِهِ إِيَّاهُ.

قَالَ: وَإِنِ ابْتَاعَ رَجُلٌ ثَوْباً وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ حَرْقٍ أَوْ عَوَارٍ، فَزَعَمَ الَّذِي بَاعَهُ أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ، وَقَدْ قَطَعَ الثَّوْبَ الَّذِي ابْتَاعَهُ، أَوْ صَبَغَهُ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ الْحَرْقُ أَوِ الْعَوَارُ مِن ثَمَنِ الثَّوْبِ، وَيُمْسِكُ الثَّوْبَ، فَعَلَ، وَإِنْ

---

(١) أخرجه البخاري في الكفالة باب ٥، والاستقراض باب ١١، والنفقات باب ١٥، والفرائض باب ٤، ٢٥، ومسلم في الفرائض حديث ١٤، ١٧، وأبو داود في الفرائض باب ٨، والإمارة باب ١٥، والبيوع باب ٩، والترمذي في الجنائز باب ٦٩، والفرائض باب ١، وابن ماجه في الفرائض باب ٩، والصدقات باب ١٣، والنسائي في الجنائز باب ٦٧، وأحمد في المسند ٢/ ٢٩٠، ٤٥٣، ٤٥٦، ٣/ ٢٩٦، ٣٧١، ٤/ ١٣١.

١٤٣٨ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم وهو باب ٣٢ (القضاء فيمن ابتاع ثوباً وبه عيب) من كتاب الأقضية.

شَاءَ أنْ يَغْرَمَ مَا نَقَصَ التَّقْطِيعُ أوِ الصَّبْغُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ، وَيَرُدُّهُ، فَعَلَ، وَهُوَ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ، فَإِنْ كَانَ المبتَاعُ قَدْ صَبَغَ الثَّوْبَ صِبْغاً يَزِيدُ فيهِ ثَمَنِهِ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنَ الثَّوْبِ، وَإنْ شَاءَ أنْ يَكُونَ شَرِيكاً لِلَّذِي بَاعَهُ الثَّوْبَ، فَعَلَ، وَيُنْظَرُ كَمْ ثَمَنُ الثَّوْبِ وَفِيهِ الْحَرْقُ أوِ الْعَوَارُ، فَإنْ كانَ ثَمَنُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، وَثَمَنُ مَا زَادَ فِيهِ الصَّبْغُ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ، كَانَا شَرِيكَيْنِ فِي الثَّوْبِ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بقَدْرِ حِصَّتِهِ، فَعَلَى حِسَابِ هذَا، يَكُونُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِي ثَمَنِ الثَّوْبِ.

هَكَذَا [هُوَ فِي «المُوَطَّإ»] عِنْدَ جَمِيعِهِم.

وَقولُهُ: قَدْ عَلِمَهُ البَائِعُ هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ القَاسِمِ عَنْهُ إذا دَلسَ البَائِعَ بِالعَيْبِ.

[قَالَ ابْنُ القَاسِمِ، عَنْ مَالِكٍ: «إِذَا دَلَّسَ بِالعَيْبِ]، وَهُوَ يَعْلَمُ ثُمَّ أَحْدَثَ المُشْتَرِي فِي الثَّوبِ صبْغاً ينْقصُ الثَّوْبَ، أو قَطعَهُ قَمِيصاً، أو مَا أَشْبَهَهُ، فَإِنَّ المُشْتَرِي بِالخيارِ، إِنْ شَاءَ حَبسَ الثَّوْبَ، وَرَجعَ عَلى البَائعِ بِما بَيْنَ الصّحَةِ وَالدَّاءِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ، وَلا شَيْءَ عَلَيهِ.

وَإِنْ كَانَ الصَّبَاغُ يزيدُ فِيهِ . . »، فَذَكَرَ مَا فِي «المُوطَإِ» عَلى حَسبِ مَا أَوْرَدْنَاهُ.

وَقولُ أحْمَدَ فِي ذَلِكَ كَقَولِ مَالِكٍ.

وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: قَالَ مَالِكٌ: وَلَو لَبسَهُ المُشْتَرِي، فَأَنْقَصَهُ لَبسُهُ، فَعلَيهِ مَا نقصَهُ لَبسُهُ إِنْ أَرَادَ رَدَّهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالتَّدْلِيسُ بِالحَيَوانِ وَغيرُ التَّدْلِيسِ سَوَاءٌ؛ لأَنَّ الحَيَوانَ لَمْ يبعْهُ إِيَّاهُ عَلى أنْ يقطَعَهُ، وَالثِّيابُ اشْتراهَا لِتقطَعَ.

وَإذا اشْترى حَيواناً، فَاعْورَّ عِنْدَهُ، ثُمَّ اطَّلعَ عَلى عَيْبٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ إلا أَنْ يَرُد مَعَهُ مَا نقصَ إذا كَانَ عَوراً، أو غَيْرَهُ مِنْ عَيْبٍ مُفْسدٍ دلّسَ، أو لَمْ يدلّسْ، وَمَا كَانَ مِنْ عَيبٍ لَيْسِ بمفسدٍ، فَلهُ أنْ يَرُدَّهُ، وَلَا يَرُدُّ مَعَهُ مَا نقصَهُ فِي الحَيَوانِ كُلِّهِ.

وَقَالَ اللَّيْثُ فِي الرَّجُلِ يَبْتاعُ الثَّوْبَ، فيقطعهُ، ثُمَّ يَجدُ فِيهِ العَيْبَ: فَإِنْ كَانَ مِثْلَ الخرقِ، والرّفو حَلفَ البَائعُ بِاللّهِ مَا عَلمَ ذَلِكِ فِيهِ.

وَأَمَّا مَا كَانَ مِنَ السّقطِ، فَإِنَّهُ إِنْ علمَ إِنْ كَانَ عِنْدَ البَائعِ، فَهُوَ رَدٌّ عَلَيهِ، وَيغْرمُ لَهُ البَائعُ، أَجْرَ الخِياطَةِ.

وَقالَ الثَّورِيُّ: إذا حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ عِنْدَ المُشْتَرِي، وَاطَّلَعَ عَلى عَيْبٍ لَمْ يَرُدَّهُ، وَرَجَعَ بِقِيمَةِ العَيْبِ لَيْسَ لَهُ غَيرُ ذَلِكَ، وَرَجَعَ عَلى البَائِعِ بِفَضْلِ مَا بَيْنَ الصِّحَّةِ وَالدَّاءِ.

وَقَولُ الشَّافعيِّ فِي ذَلِكَ كَقَولِ الثَّورِيِّ.

قَالَ الشَّافعيُّ: إذا حدثَ بِهِ عَيبٌ عِندَ المُشْتَرِي، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلى عَيْبٍ رَجَعَ بِقِيمَةِ العَيْبِ، لَيْسَ لَهُ غيرُ ذَلِكَ، إلا أنْ يَشاءَ البَائِعُ أنْ يقبلَهُ، وَلَا يَأْخُذُ شَيْئاً.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُ: إذَا خَاطَ الثَّوْبَ قَمِيصاً، أو صبغَهُ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلى عَيْبٍ رَجعَ بِقِيمَةِ العَيْبِ، وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أنْ يقبلَهُ، وَإنْ قطعَهُ قَمِيصاً، وَلَمْ يخطْهُ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلى عَيْبٍ، رَجعَ بالعَيْبِ، إلا أنْ يشاءَ البَائِعُ أنْ يقبلَهُ، وَيردَّ عَلَيهِ ثَمَنَهُ، وَكَذَلِكَ إذَا حَدثَ بِهِ عَيبٌ عِنْدَ المُشْتَرِي.

وَقالَ الحَكَمُ بْنُ عُتَيْبَةَ: يَرُدُّهُ فِي حُدُوثِ العَيْبِ، وَيَرُدُّ مَا نقصَ العَيْبُ الحَادِثُ عِنْدَهُ.

وَقالَ عُثْمانُ البتيُّ فِي الثَّوبِ والخَشبِ إذَا قَطعَهما، ثُمَّ وَجدَ عَيْباً رَدَّهُما مَقْطُوعَيْنِ، وَلا شَيْءَ عَلَيهِ فِي القَطْعِ.

قال أبو عمر: القَطْعُ مِنَ المُشْتَرِي فِي الثَّوْبِ، وَالصبغُ الَّذِي ينْقصُهُ بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ الحَادِثِ بِهِ، وَلاَ يَنْبَغِي لَهُ أنْ يَرُدَّهُ، وَيَأْخُذَ ثَمَنَهُ الَّذِي أعْطاهُ فِيهِ إلا أنْ يَكُونَ الثَّوْبُ بِحَالِهِ كَما أخَذَهُ وَأمَّا إذا زَادَ الصبغُ فِي الثَّوبِ، فَهُوَ عين مَا لِلْمُشْتَرِي، وَلِذَلِكَ كَانَ الجَوَابُ فِيهِ كَما قَالَ مَالِكٌ، وَمَنِ اتَّبعَهُ فِي ذَلِكَ.

وَأمَّا مَنْ لَمْ يرَ لِلْمُشْتَرِي إذا حَدثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلى عَيْبٍ كَانَ لِلْبَائِعِ أنْ يَرُدَّ مَا وَجدَ بِهِ العَيْبَ، وَلأنَّهُ شَيْءٌ إلا أَنْ يرْجعَ بِقِيمَةِ الَّذِي كَانَ عِنْدَ البَائعِ، فَلِمَا وَصفْنا؛ لأنَّ الثَّوبَ قَدْ دَخلَهُ مَا غَيَّرَهُ عَنْ حَالِهِ الَّتِي بَاعَها عَلَيهِ البَائِعُ، فَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي إلا الرُّجُوعُ بِما دلسَ لَهُ بِهِ البَائِعُ، وَسَواءٌ عَلمَ أو لَمْ يَعْلَمْ عِنْدَهُم؛ لأنَّ الخَطأَ فِي ذِهابِ الأمْوَالِ كَالعَمْدِ.

وَقَولُ مَنْ قَالَ: يُرَدُّ المَبِيعُ بِالعَيْبِ، فَيردُّ مَعَهُ قِيمَةَ مَا حدثَ عِنْدَهُ مِنَ العَيْبِ، فَهُو اعْتِبارُ ذَلِكَ المعْنى؛ لأنَّهُ إذَا رَدَّ قِيمَةَ مَا حدثَ عِنْدَهُ مِنَ العَيْبِ، فَكَأَنَّهُ رَدَّه بِحَالِهِ؛ لأنَّهُ قَدْ أَخَذَ النُّقْصانَ بِالعَيْبِ الحَادِثِ عِنْدَ المُشْتَرِي حَقَّهُ.

وَأمَّا قَولُ عُثْمانَ البتيِّ، فَقَولٌ ضَعِيفٌ، وَكَأَنَّهُ لما قالَ لَمْ يَبِنْ لَهُ العَيْبُ، فَقَدْ سلطَهُ عَلى القَطعِ، فَلَا شَيْءَ لَهُ فِيهِ.

وَقَدْ بَيَّنَ مَالِكٌ الفَرْقُ عِنْدَهُ بَيْنَ الثِّيَابِ وَالحَيوانِ فِيمَا حَكاهُ ابْنُ القَاسِم عَنْهُ، وَالمُخالِفُ لَهُ يَقُولُ: لَا فَرْقَ بَيْنَ الحَيَوانِ وَالثِّيابِ؛ لأنَّ البَائعَ كَما أذنَ لَهُ فِي القَطعِ، وَاللّبسِ كَذَلِكَ أذنَ لَهُ فِي الوَطْءِ والتَّأدِيبِ.

وَقَدْ أجْمعَ القَائِلُونَ بِردِّ الثَّوْبِ المَوْجودِ فِيهِ العَيْبُ أنَّهُ إذَا لَبسَهُ لبساً يبْلِيهِ بِهِ أنَّهُ لا

يَرُدُّهُ إلا وَيردُّ مَعَهُ مَا نَقصهُ اللّبسُ، وَالأكْثَرُ يَقُولُونَ: إِنَّهُ لَا يَرُدُّهُ، وَأَنَّ لَهُ قِيمَةَ العَيْبِ.

٣٣ ـ باب ما لا يجوز من النحل(١)

١٤٣٩ ـ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَوْفٍ، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ؛ أَنَّهُمَا حَدَّثَاهُ عَنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ أَبَاهُ بَشِيراً أَتَى بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هذا، غُلاماً كانَ لِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هذا؟» فَقَالَ: لاَ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «فَارْتَجِعْهُ».

قال أبو عمر: قَالَ صَاحِبُ كِتَابِ «العَينِ»: النِّحلُ، وَالنِّحْلَةُ العَطايَا [بِلاَ اسْتِعَاضَةٍ].

وَقِيلَ فِي قَولِهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] أَيْ هِبَةً مِنْ مَالِ اللَّهِ تَعالى لَهُنَّ، وَفَرِيضةً عَلَيكُم.

وَبِهَذا المَعْنى رَوى جَماعَةُ أَصْحابِ ابْنِ شهابٍ هَذَا الحَدِيثَ، إِلا أَنَّ بَعْضَهُمْ قَالَ فِيهِ: «فَارْتَجِعْهُ».

وَبَعْضُهُمْ قالَ: «فَارْدُدْهُ».

وَالمَعْنى عِنْدَهُم فِيهِ وَاحِدٌ.

وَقَدْ تَابَعَهُ عَلى هَذا المَعْنى هِشَامُ بْنُ عرْوَةَ، [عَنْ أَبِيهِ، عَنِ النُّعْمانِ بْنِ بشير] [على اختلاف في ذلك. وقد روى هذا الحديث عن النعمان بن بشير] جَماعَةٌ مِنْهُم: الشَّعْبِيُّ بِأَلْفَاظٍ مُخْتَلِفَةٍ قَدْ ذَكَرْتُها فِي «التَّمْهِيدِ» وَأَثْبَتُّها هُناكَ بِالأَسَانِيدِ.

قَرَأْتُ عَلى عَبْدِ الوَارِثِ بْنِ سُفْيَانَ، قَالَ: حَدَّثَنِي قَاسِمُ بْنُ أَصْبغ، قالَ: حَدَّثَنِي أَبُو قِلابَةَ، قالَ: حدَّثَنِي عَبْدُ الصَّمَدِ، قالَ: حدَّثَنِي شُعْبَةُ، عَنْ سَعْدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ عرْوَةَ بْنِ الزُّبيرِ، عَنِ النُّعمانِ بْنِ بشيرٍ أَنَّ أَباهُ نَحلَهُ نحلاً، فَأَتَى النَّبيَّ ﷺ لِيشهِدَهُ،

---

(١) النحل: بضم النون، وإسكان الحاء، مصدر نحله إذا أعطاه بلا عوض، وبكسر النون وفتح الحاء، جمع نِحلة.

١٤٣٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٩، من كتاب الأقضية، باب ٣٣ (ما لا يجوز من النحل)، وقد أخرجه البخاري في الهبة، باب ١٢ (الهبة للولد) حديث ٢٥٨٦، ومسلم في الهبات، باب ٣ (كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة) حديث ٩، وأبو داود في البيوع حديث ٣٥٤٢، واللباس حديث ٤٠٦٤، ٤٠٦٥، ٤٠٦٦، والترمذي في الأحكام حديث ١٣٦٧، والحدود حديث ١٤٤٧، والنسائي في الوصايا حديث ٣٦٧٠، ٣٦٧١، والنحل حديث ٣٦٧٢، ٣٦٧٤، ٣٦٧٨، ٣٦٧٩، ٣٦٨٠، ٣٦٨٣، والعمرى حديث ٣٧٣٢ ـ ٣٧٤٧، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٣٧٥، ٢٣٧٦، ٢٣٨٤، ٢٣٨٥.

فقالَ: «أكُلَّ بَنِيكَ أعْطَيْتَ مِثْلَ هَذَا»؟ قَالَ: لا، فَأَبى أنْ يَشْهَدَ.

وَكَذَلِكَ رَوَاهُ أبُو مُعَاوِيَةَ عَنْ هِشَامِ [بْنِ عُرْوَةَ، عَنِ النُّعمانِ.

وَرَواهُ جَرِيرٌ عَنْ هِشَامِ] عَنْ أبِيهِ، عَنِ النُّعمانِ، وَقالَ فِيهِ: «فَارْدُدْهُ».

وَقالَ فِيه حصينٌ، عَنِ الشعبيِّ: سَمِعْتُ النُّعمانَ بْنَ بَشيرٍ عَلى المِنْبَرِ يَقُولُ: أعْطَانِي أبِي عَطِيَّةً، فَقَالَتْ عمْرةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ: لَا أرْضى حَتَّى تُشْهِدَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَأتى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَتْ: إنِّي أعْطَيْتُ ابْنِي مِنْ عمْرةَ بِنْتِ رَواحَةَ عَطِيَّةً، فَأمَرَتْنِي أنْ أُشْهِدَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقالَ: «أعطَيْتَ أولَادَكَ مِثْلَ سَائِرِ وَلَدِكَ، مِثْلَ هَذا»؟ [قَالَ: لَا]، فَقالَ: «فَاتَّقُوا اللَّهَ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أوْلادِكُمْ»، قالَ: فَرَجَعَ، فَرَدَّ عَطِيَّتَهُ[1]، فَلَمْ يُذْكَرْ فِي هَذَا الحَدِيثِ أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أمَرَهُ بِرَدِّ العَطِيَّةِ، وإنما فيه أنَّهُ رَجعَ، فرد العطيَّة إذْ أمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالعَدْلِ بَيْنَ أوْلادِهِ.

وَرَواهُ هشيمٌ، قالَ: أخْبَرنا سيارٌ، وَمُغِيرَةُ، وَدَاوُدُ بْنُ أبي هِنْدٍ، وَمُجَالِدٌ، وَإِسْمَاعِيلُ بْنُ سَالِمٍ، عَنِ الشعبيِّ، عَنِ النُّعمانِ بْنِ بشيرٍ، قالَ أنْحلنِي أبي نحلاً ـ قالَ إسْمَاعِيلُ بْنُ سَالِمٍ مِنْ بَيْنِ القَومِ: نحلهُ غُلَاماً له ـ وَذَكرَ الحَدِيثَ نَحْوَ رِوَايَةِ حصينٍ عَنِ الشعبيِّ.

وَفِيهِ قَالَ لَهُ: «أَلَكَ وَلَدٌ سِوَاهُ»؟ قَالَ: قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: «أكُلَّهُم أعْطَيْتَهُم مِثْلَ مَا أعْطَيْتَ النُّعمانَ»؟ قُلْتُ: لَا.

قَالَ هشيمٌ؛ فَقالَ بَعْضُ هَؤُلاءِ المُحَدِّثِينَ: هَذا جَورٌ وَقالَ بَعْضُهم: هَذِهِ تلحيةٌ، فَأشْهِدْ عَلى هَذا غَيرِي».

وَقالَ مُغِيرةُ فِي حَدِيثِهِ: «أَلَيسَ يَسُرُّكَ أنْ يَكُونُوا فِي البرِّ واللُّطْفِ سَوَاءً؟ قالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَأشْهِدْ عَلى هَذا غَيرِي».

رَذكرَ مُجالِدٌ فِي حَدِيثِهِ «إنَّ لَهُم عَلَيكَ مِنَ الحَقِّ أنْ تَعْدِلَ بَيْنَهُم كَما أنَّ لَكَ مِنَ الحَقِّ أنْ يبرُّوكَ».

---

(١) أخرجه البخاري في الهبة باب ١٢، ومسلم في الهبات حديث ١٣، وأبو داود في البيوع باب ٨٣، والنسائي في النحل باب ١، وفي القضاء من الكبرى، باب ٥٢، وابن ماجه في الأحكام باب ٣٤، وأحمد في المسند ٤/ ٢٧٥، ٢٧٨، ٣٧٥.

ولفظ الحديث عند مسلم: عن النعمان بن بشير قال: تصدق عليّ أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فانطلق أبي إلى النبي ﷺ ليشهد، على صدقتي، فقال له رسول الله ﷺ: أفعلت هذا بولدك كلهم؟. قال: لا. قال: اتقوا الله واعدلوا في أولادكم. فرجع أبي، فرد تلك الصدقة.

فَهَذِهِ الألْفَاظُ كُلُّها تَدُلُّ عَلى جَوَازِ العَطِيَّةِ عَلى كَرَاهَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَها مِنْ أجْلِ مَا خافَ عَليهِ مِنْ دُخُولِ العقوقِ عَليهِ مِنْ بَنِيهِ.

وَلَيْسَ فِي هَذِهِ الألْفَاظِ أنَّهُ أمَرَهُ بِرَدِّ العَطِيَّةِ.

وَاخْتَلَفَ أهْلُ العِلْمِ فِي الرَّجُلِ يُعْطِي بَعْضَ وَلَدِهِ دُونَ بَعْضٍ:

فَقالَ طَاوسٌ: لَا يَجوزُ لأحَدٍ أنْ يُفَضِّلَ بَعْضَهُ عَلى بَعْضٍ، فَإنْ فعلَ لَمْ ينفذْ، وَفسخَ.

وَبِهِ قَالَ أهْلُ الظَّاهِرِ.

وَرُوِيَ مِثْلُهُ عَنْ أحْمَدَ.

وَحُجَّتُهم فِي ذَلِكَ قَولُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «فَارْتَجِعْهُ»، وَقَوْلُهُ «فَارْدُدْهُ» مِنْ حَدِيثِ مَالِكٍ وَغَيرِهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ، وَاللَّيْثُ، وَالثَّورِيُّ، وَالشَّافعيُّ، وَأبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحابُهم: لا بَأْسَ أنْ يفضلَ بَعْضَ وَلَدِهِ بِالنُّحلَةِ دُونَ بَعْضٍ، وَيُؤثِرَهُ بِالعَطِيَّةِ دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ، وَهُمْ مَعَ ذَلِكَ يَكْرَهُونَ ذَلِكَ عَلى مَا نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ عَنْهُم، وَالتَّسْوِيَةُ فِي العَطايَا إلى البَنِينِ أحَبُّ إلى جَمِيعِهِم.

وَكانَ مَالِكٌ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ يَقُولُ: إنَّما مَعْنى هَذا الحَدِيثِ الَّذِي جاءَ فِيهِ فِيمَنْ نَحلَ بَعْضَ وَلَدِهِ مَالَهُ كُلَّهُ.

قَالَ: وَقَدْ نَحلَ أبُو بَكْرٍ عَائِشَةَ دُونَ وَلَدِهِ.

قال أبو عمر: ذَكَرَهُ فِي «المُوَطَّأ»، عَنْ هِشَامٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ.

١٤٤٠ ـ عَنْ عَائِشَةَ أنَّها قَالَتْ: إنَّ أبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ نَحلَها جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقاً[١] مِنْ مَالِهِ بالغابَةِ[٢]، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الوَفَاةُ، قَالَ: وَاللَّهِ يا ابْنَتِي مَا مِنَ النَّاسِ أحَدٌ أحَبُّ إليَّ غِنىً بَعْدِي مِنْكَ، وَلاَ أعزُّ عَلَيَّ فَقْراً بِعْدِي مِنْكَ، وَإنِّي كُنْتُ نَحَلْتُك جَادَّ عشرين وسقاً فلو كُنْتِ جددتيهِ، وَاحتزتيهِ[٣] كَانَ لَكِ، وَإنَّما هُوَ اليومَ مَالُ وَارِثٍ وَإنَّما هُمَا أخَوَاكِ، وَأُخْتاكِ، فَاقْتَسمُوهُ عَلى كِتابِ اللَّهِ (عَزَّ وجلَّ).

١٤٤٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤٠، من الكتاب والباب السابقين.

(١) جادّ عشرين وسقاً: الجاد، بمعنى المجدود، وجدّ: أي قطع. قال الأصمعي: هذه أرض جادّ مائة وسق، أي يجدّ ذلك منها. فهو صفة للنخل التي وهبها ثمرتها، يريد نخلاً يجدّ منها عشرون وسقاً.

(٢) الغابة: موضع على بريد من المدينة.

(٣) احتزتيه: أي حزتيه.

قَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ: يَا أَبَت! وَاللَّهِ لَو كَانَ كَذَا وَكَذا لَتَرَكْتُهُ، إِنَّما هِيَ أَسْماءُ، فمنَ الأخْرى؟ قَالَ أَبُو بَكْرٍ: ذو بَطْنِ بِنْتَ خَارِجَةَ أراهَا جَارِيَةً.

قال أبو عمر: فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ هَذا أَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الهِبَةِ قَبْضَ المَوْهُوبِ لَها قَبْلَ مَوتِ الوَاهِبِ قَبْلَ الْمَرض الَّذِي يَكُونُ مِنْهُ مَوتُهُ، وَسَنذكُرُ مَا لِلْفُقهاءِ فِي مَعْنى قَبْضِ الهِبَةِ وَحِيازَتِها بَعْدُ فِي هَذَا البَابِ عِنْدَ قَولِ عُمَرَ: مَا بَالُ رِجَالٍ ينحلُونَ أَبْناءَهُم نحلاً، ثُمَّ يُمْسكُونَها... الحَدِيث.

وَفِي هَذا حَدِيثُ عَائِشَةَ هَذا جَوازُ الهِبَةِ المَجْهُولِ عَيْنُها إِذَا عُلمَ مَبْلغُها، وَجَوَازُ هِبَةِ المَشَاعِ أيضاً.

وَفِيهِ: أَنَّ الغِنى أَحَبُّ إِلى الفُضلاءِ مِنَ الفقْرِ.

وَأَمَّا إِعْطَاءُ الرَّجُلِ بَعْضَ وَلَدِهِ [دُونَ بَعْضٍ، وَتَفْضِيلُ بَعْضِهم عَلى بَعْضٍ]، فَقَدْ ذَكَرْنا ذَلِكَ.

قَالَ الشَّافعيُّ: تَرْكُ التَّفْضِيلِ فِي عَطِيَّةِ الأَبْناءِ فِيهِ حُسْنُ الأدَبِ، وَيَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ فِي الحُكْمِ.

قَالَ: وَلَهُ أَنْ يَرْجعَ فِيما وَهَبَ لابْنِهِ؛ لِقَولِ النَّبيِّ ﷺ: «فَارْجعْهُ».

قال أبو عمر: رُوِيَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ أَبِي الشَّعْثاءِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي التَّفْضِيلِ بَيْنَ الأَبْناءِ فِي النحلِ: [يُجَوِّزُهُ فِي الحُكْمِ] وَيَقْضِي بِهِ.

وَقَالَ طَاوُسٌ: لا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ رَغِيفاً مُحْتَرِقاً.

وَبِهِ قَالَ بَعْضُ أَهْلِ الظَّاهِرِ.

وَاسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ بِأَنَّ هَذا الحَدِيثَ عَلى النَّدْبِ، بِنَحْوِ مَا سْتَدَلَّ بِهِ مَالِكٌ مِنْ عَطِيَّةِ أَبي بَكْرٍ عَائِشَةَ دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ.

وَبِما ذَكَرْناهُ مِنْ رِوَايَةِ دَاوُدَ وَغَيرِهِ عَنِ الشَّعبيِّ، عَنِ النُّعمانِ بْنِ بَشِيرٍ، عَنِ النبيِّ ﷺ: «أَيَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي البرِّ كُلُّهم سَوَاءً؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «فَأَشْهِدْ عَلى هَذا غَيْرِي».

قَالَ: وَهَذا يَدُلُّ عَلى صِحَّةِ الهِبَةِ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِرَدِّها وَأَمرَهَ بِتَأْكِيدِها بِإِشْهادِ غَيْرِهِ عَلَيها، وَلَمْ يَشْهَدْ هُوَ عَلَيها لِتَقْصِيرِهِ عَنْ أَوْلى الأَشْيَاءِ بِهِ، وَتَرَكَ الأَفْضَلَ لَهُ.

وَقَالَ الثَّوريُّ: لا بَأْسَ أَنْ يَخُصَّ الرَّجُلُ بَعْضَ وَلَدِهِ بِما شَاءَ.

[وَقَدْ رُوِيَ عَنِ الثَّوريِّ أَنَّهُ كَرِهَ أَنَّ القَضاءَ أَنْ يفضلَ الرَّجُلُ بَعْضَ وَلَدِهِ عَلى بَعْضٍ فِي العَطِيَّةِ].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ: مَنْ أَعْطى بَعْضَ وَلَدِهِ دُونَ بَعْضٍ كَرِهْنا ذَلِكَ لَهُ، وَأَمْضَيْناهُ عَلَيهِ.

وَقَدْ كَرِهَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْمُبارَكِ، وَأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ أَنْ يفضلَ بَعْضَ وَلَدِهِ على بَعْضٍ.

وَكانَ إِسْحاقُ يَقُولُ مِثْلَ هَذا، ثُمَّ رَجعَ إلى قَولِ الشَّافِعِيِّ.

وَكُلُّ هَؤلاءِ يَقُولُونَ إِنْ فَعلَ هَذا أَحَدٌ نفذَ، وَلَمْ يردَّ.

وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي ذَلِكَ عَنْ أَحْمَدَ.

وَأَصحُّ شَيْءٍ عَنْهُ فِي ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ الخرقيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ عَنْهُ قَالَ: فَإِذَا فَاضَلَ بَيْنَ وَلَدِهِ فِي العَطِيَّةِ أُمِرَ بِرَدِّهِ، كَما أَمَرَ النَّبيُّ ﷺ، فَإِنْ مَاتَ، وَلَمْ يَرْدُدْهُ، فَقَدْ ثَبَتَ لِمَنْ وُهِبَ لَهُ إِذا كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ.

وَأَمَّا قَولُهُ فِي حَدِيثِ مَالِكٍ: «أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحلْتَهُ مِثْلَ ذَلِكَ»؟

فَإِنَّ العُلماءَ مُجْمِعُونَ عَلى اسْتِحْبابِ التَّسْوِيَةِ فِي العَطِيَّةِ بَيْنَ الأَبْنَاءِ إِلا مَا ذَكَرْنا عَنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ مِنْ إِيجابِ ذَلِكَ.

إِلا أَنَّ الفُقهاءَ فِي اسْتِحْبابِهِم لِلتَّسْوِيَةِ بَيْنَ الأَبْناءِ فِي العَطِيَّةِ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُم فِي العَطِيَّةِ:

فَقالَ مِنْهُم قَائِلُونَ: التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُم أَنْ يُعْطِيَ الذَّكَرَ مِثْلَ مَا يُعْطِي الأُنْثى، وَمِمَّنْ قالَ ذَلِكَ سُفْيانُ الثَّورِيُّ، وابْنُ المُبارَكِ.

قَالَ ابْنُ المُبارَكِ: أَلَا ترى أَنَّ الحَدِيثَ يُرْوى عَنِ النَّبيِّ ﷺ قَالَ: «سَوُّوا بَيْنَ أولادِكُم، فَلَو كُنْتُ مُؤثِراً أَحداً أثرتُ النِّساءَ على الرِّجالِ».

وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ وَأَهْلُ الظاهِرِ.

وَقالَ آخرُونَ: التَّسْوَيَةُ أَنْ يُعْطى الرَّجُلُ مِثْلَ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، قِياساً عَلى قَسمِ اللَّهِ تَعالى المِيراثَ بَيْنَهُم، وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ عَطاءُ بْنُ أَبي رَبَاحٍ.

وَهُوَ قَولُ مُحمدِ بْنِ الحَسَنِ، وَإِليهِ ذَهَبَ أَحْمَدُ، وإِسْحاقُ.

وَلا أَحْفَظُ لِمَالِكٍ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ قَولاً.

وَأَمَّا قَولُهُ ﷺ فِي حَدِيثِ مَالِكٍ فِي هَذَا البَابِ: «فَارْجِعْهُ» فَفِيهِ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ للأَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَ لابْنِهِ، [فَقَدِ اخْتَلَفَ العُلَماءُ أَيضاً فِي هَذا المَعْنى.

فَذَهَبَ مَالِكٌ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ المَدِينَةِ إِلى أَنَّ للأَبِ أَنْ يَعْتَصِرَ مَا وَهَبَ لابْنِهِ].

وَمَعْنى الاعْتِصَار عِنْدَهُم الرُّجُوعُ فِي الهِبَةِ.

وَلَيْسَ ذَلِكَ عِنْدَهُم لِغَيرِ الأب، إلا أنَّ الأمَّ عِنْدَهُم إذا وَهَبَتْ لابْنِها شَيْئاً، وَهُمْ أيْتامٌ لَمْ تَرْجعْ فِي هِبَتِها؛ لأنَّها فِي مَعْنى الصَّدَقَةِ حِينَئِذٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا أيْتاماً، وَكانَ أبُوهم حَياً كَانَ لَها أنْ تَرْجعَ فِيمَا وَهَبَتْهُ لِوَلَدِها.

هَذا هُوَ الأشْهرُ عَنْ مَالِكٍ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ أنَّها لَا تَرْجعُ أصْلاً.

وَلَمْ يُخْتَلَفْ عَنْ مَالِكٍ أنَّ الجدَّ لا يَرْجعُ فِيمَا وَهَبَ لابْنِ ابْنِهِ.

وَكَذَلِكَ لَمْ يَخْتَلِفْ قَولُ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ أنَّ الوَلَدَ إذا وَهَبَ لَهُ أبُوهُ هِبَةً، ثُمَّ اسْتَحْدثَ الوَلَدُ دَيْناً دَاينَهُ النَّاسُ عَلَيهِ مِنْ أجْلِ الهِبَةِ، أو نكحَ، لَمْ يَكُنْ للأَبِ ـ حِينَئِذٍ ـ الرُّجُوعُ فِي شَيْءٍ مِنْ هِبَتِهِ لِوَلَدِهِ.

وَهَذا كُلُّهُ فِي الهِبَةِ.

فَأمَّا الصَّدَقَةُ، فَإِنَّهُ لَا رُجُوعَ فِيها للأَبِ، وَلَا لِغَيرِ أبٍ بِحالٍ مِنَ الأحْوَالِ؛ لأنَّ الصَّدَقَةَ إنَّما يُرَادُ بِها وَجْهَ اللَّهِ تَعالى، وَمَا أُرِيدَ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ لَمْ يَجُز الاعْتِصارُ والرُّجُوعُ فِيهِ، وَسَنَذْكُرُ مَا لِسَائِرِ العُلماءِ مِنَ المَذَاهِبِ فِي الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ فِي بَابِ الاعْتِصارِ فِي الهِبَةِ ـ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى، أولى المَوَاضع بِذَلِكَ.

وَإِنَّما ذَكَرْنا هُنَا قَولَ مَالِكٍ؛ لِمَا ارْتَبطَ بِهِ مِنْ مَعْنى الحَدِيثِ المُسْنَدِ.

وَأمَّا قَولُ أبِي بَكْرٍ فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ هَذا: إنَّما هُمَا أخَوَاكِ وَأُخْتاكِ، فَقَالَتْ لَهُ عَائِشَةُ: إِنَّما هِيَ أسْمَاءُ، فَمَنِ الأخْرى؟ فَأجَابَها أبُو بَكْرٍ، وَقالَ: «إنَّ ذَا بَطْنِ بِنْتِ خَارِجَةَ أُرَاها جَارِية، فَهذا مِنْهُ ـ رضي الله عنه ـ ظَنٌّ لَمْ نخطئهُ، فكانتْ ذُو بطنِ بنتِ خَارِجةَ جَارِيةً أتَتْ بَعْدَهُ، فَسُمِّيَتْ أُمُّ كُلْثُومٍ.

وَأمَّا بِنتُ خَارِجَةَ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ، وَاسْمُها حبيبةُ بِنْتُ خَارِجَةَ بْنِ زَيْدِ بْنِ أبي زُهيرٍ الَّذِي آخى رَسُول اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أبي بكر إذْ قَدمَ المَدِينَةَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وآخى بَيْنَ المُهاجِرِينَ وَالأنْصارِ وَكانَ قَولُ أبي بَكْرٍ ظَنا كَاليَقِينِ.

وَالعَربُ تَقُولُ: [ظَنَّ الحَلِيم مَهَابة.

وتقول]، أيضاً: «مَنْ لَمْ يَنْتَفعْ بِظَنِّهِ، لَمْ يَنْتَفعْ بيقينه»،

وَتَقُولُ أيضاً: «الظَّنُّ مفْتاحُ اليَقِينِ».

وقال أوس بن حجر:

الألْمَعِيُّ الذي يَظُنُّ لكَ الظَّنْـ ـنَ كَأنْ قَدْ رَأى وَقَدْ سَمِعَا[1]

---

(١) البيت من المنسرح، وهو لأوس بن حجر في ديوانه ص٥٣، ولسان العرب (حظرب)، (لمع)، =

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُثْمانَ، وَعَلِيٍّ - رضي الله عنهما -.

وَمِمَّا يُمْدَحُ بِهِ الظَّنُّ قولُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «لَا يَمُوتَنَّ أَحَدُكُم إلا وَهُوَ حَسَنُ الظَّنِّ بِاللَّهِ عَزَّ وجلَّ»(١).

وَقالَ ﷺ حاكِياً عَنِ اللَّهِ تَعالى: «أَنَا عِنْدَ ظَنِّ عَبْدِي بِي، فَلْيَظُنَّ بِي مَا شاءَ»(٢).

وَقالَ الحَسَنُ البَصْرِيُّ فِي أَنَّ المُؤْمِنَ أَحْسَنَ الظَّنَّ، فَأَحْسَنَ العَمَلَ.

[قال أبو عمر:] وَأَمَّا ظَنُّ الفاسِقِ، [وَالكافِرِ]، وَالمُنافِقِ فَمَذْمُومٌ غَيْرُ مَمْدُوحٍ.

قَالَ اللَّهُ تعالى فِيهِم: ﴿وَظَنَنتُمْ ظَنَّ السَّوْءِ وَكُنتُمْ قَوْمًا بُورًا﴾ [الفتح: ١٢].

وَقالَ النَّبيُّ ﷺ: «إِيَّاكُم وَالظَّنَّ، فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الحَدِيثِ، وَلا تَجَسَّسُوا، وَلَا تَحَسَّسُوا»(٣).

قَالَ اللَّهُ تَبارَكَ وَتعالى: ﴿وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ [النجم: ٢٨].

فَقَدْ ذَكَرْنا فِي كِتابِ النِّساءِ مِنْ كِتابِ الصَّحابَةِ بِنْتَ خارِجَةَ المذْكُورَةَ وَابْنَتَها بِمَا يَجِبُ مِنْ ذِكْرِهِما هُناكَ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

١٤٤١ - مالِكٌ، عَنِ شِهابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيِّ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نحْلاً. ثُمَّ يُمْسِكُونَها. فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحدِهِمْ، قَالَ: مَالِي بِيَدِي. لَمْ أُعْطِهِ أَحداً. وَإِنْ مَاتَ هُوَ

= وتهذيب اللغة ٢/ ٤٢٤، وديوان الأدب ١/ ٢٧٣، وكتاب الجيم ٣/ ٢١٤، والكامل ص ١٤٠٠، وذيل أمالي القالي ص٣٤، ومعاهد التنصيص ١/١٢٨، ولأوس أو لبشر بن أبي خازم في تاج العروس (لمع)، وبلا نسبة في مقاييس اللغة ٥/ ٢١٢.

(١) وروي الحديث بلفظ: لا يموتن أحدكم إلا وهو يحسن بالله الظن.
أخرجه مسلم في الجنة حديث ٨١، ٨٢، وأبو داود في الجنائز باب ١٣، وابن ماجه في الزهد باب ١٤، وأحمد في المسند ٣/ ٢٩٣، ٣١٥، ٣٢٥، ٣٣٠، ٣٣٤، ٣٩٠.

(٢) أخرجه البخاري في التوحيد باب ١٥، ٣٥، ومسلم في التوبة حديث ١، والذكر حديث ٢، ١٩والترمذي في الزهد باب ٥١، والدعوات باب ١٣١، وابن ماجه في الأدب باب ٥٨، والدارمي في الرقاق باب ٢٢، وأحمد في المسند ٢/ ٢٥١، ٣١٥، ٣٩١، ٤١٣، ٤٤٥، ٤٨٠، ٤٨٢، ٥١٦، ٥١٧، ٥٢٤، ٥٣٤، ٥٣٩، ٣/ ٢١٠، ٢٧٧، ٤٩١، ٤/ ١٠٦.

(٣) أخرجه البخاري في الوصايا باب ٨، والنكاح باب ٤٥، والفرائض باب ٢، والأدب باب ٥٧، ٥٨، ومسلم في البر حديث ٢٨، والترمذي في البر باب ٥٦، ومالك في حسن الخلق حديث ١٥، وأحمد في المسند ٢/ ٢٤٥، ٢٨٧، ٣١٢، ٣٤٢، ٤٦٥، ٤٧٠، ٤٨٤، ٤٩٢، ٥٠٤، ٥١٧، ٥٣٩.

١٤٤١ - الحديث في الموطأ برقم ٤١، من الكتاب والباب السابقين.

قال: هو لابْنِي قَدْ كُنتُ أَعْطَيْتُهُ إِيَّاهُ. مَنْ نَحَلَ نِحْلَةً، فَلَمْ يجزْهَا الَّذِي نُحِلهَا، حَتَّى يَكُونَ إِنْ مَاتَ لِوَرَثَتِهِ، فَهِيَ بَاطِلٌ.

قال أبو عمر: صَحَّ القَضاءُ مِنَ الخَلِيفَتَيْنِ: أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ، وَرُوِيَ [ذلك] عَنْ عُثْمانَ، وَعَلِيٍّ أَنَّ الهِبَةَ لاَ تَصِحُّ إلاَّ بِأَنْ يَحُوزَها المَوْهُوبُ لَهُ فِي حَيَاةِ الوَاهِبِ، وَيَنْفَرِدَ بِها دُونَهُ، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ رِوَايَةُ مَالِكٍ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ فِي ذَلِكَ.

وَرواهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ، قَالَ: حدَّثنا الزُّهريُّ، عَنْ عرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ أَبَاهَا نَحلَها جَادًّا عِشْرِينَ وَسْقاً مِنْ مَالِهِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الوَفاةُ جلس فَتَشَهَّدَ وَحمدَ اللَّهَ، وَأَثْنى عَلَيهِ، ثُمَّ قَالَ: أَمَّا بَعْدُ، يَا بُنَيَّةُ، فَإِنِّي ـ وَاللَّهِ ـ إِنَّ أَحبَّ النَّاسِ إِلَيَّ غِنًى بَعْدِي لأَنْتِ، وَإِنَّ أَعزَّ النَّاسِ عَلَيَّ فَقْراً بَعْدِي لأَنتِ، وَإِنِّي كُنتُ نَحلْتُكِ جَاداً عِشْرِينَ وَسْقاً مِنْ مَالِي، وَددْتُ أَنَّكِ حُزْتِيهِ وَحَدَدْتيهِ، وَإِنَّما هُوَ اليَومَ مِنْ مَالِ الوَارِثِ، وَإِنَّما هُمَا أَخَواكِ، وأُخْتَاكِ، قَالَتْ: هَذا أَخَوايَ، فَمَنْ أُخْتايَ؟ قَالَ: ذُو بطن بِنْتِ خَارِجَةَ، فَإِني أَظُنُّها جَارِيَةً، قَالَتْ: لَو كَانَ مَا بَيْنَ كَذا وَكَذا لَرَدَدْتُهُ.

قال أبو عمر: اتَّفَقَ مَالِكٌ، والثَّوريُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، والشَّافعيُّ، [وَأَصْحَابُهم] أَنَّ الهِبَةَ لا تَصِحُّ إِلا بِالحِيَازَةِ لَها.

وَمَعْنى الحِيَازَة القَبْضُ بما يُقْبَضُ بِهِ مِثْلُ تِلْكَ الهِبَةِ.

إِلا أَنَّهُم اخْتَلَفُوا فِي هِبَةِ المُشاعِ، وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

وَالهِبَةُ عِنْدَ مَالِكٍ عَلى مَا أَصِفُهُ لَكَ تَصِحُّ بِالقَولِ مِنَ الوَاهِبِ وَالقبُولِ مِنَ المَوْهُوبِ لَهُ، تَتِمُّ بِالقَبْضِ وَالحِيازَةِ، وَمَا دَامَ الوَاهِبُ حيا، فَلِلْمَوْهُوبِ لَهُ المُطَالَبَةُ بِها الوَاهِبَ حَتَّى يَقْبِضَها فَإِنْ قَبضَها تَمَّتْ لَهُ، وَصَارَتْ مِلْكاً مِنْ مِلْكِهِ، وإِنْ لَمْ يَقْبِضْها حَتَّى يَمُوتَ الوَاهِبُ بَطلَتِ الهِبَةُ عِنْدَهُ؛ لأَنَّهم أَنْزَلُوها حِينَ وَهَبها، وَلَمْ يُسلِّمْها إِلى أَنْ مَاتَ مَنْزِلَةَ مَنْ أَرَادَ إِخْراجَ تِلْكَ العَطِيَّةِ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ لِوَارِثٍ أَو غَيرِ وَارِثٍ، وَكَانَتْ فِي يَدِهِ طُولَ حَيَاتِهِ، فَلَمْ يَرْضَ بِها بَعْدَ مَماتِهِ فَلَمْ يَجُزْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ.

هَذا حُكْمُهُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ إِذَا مَاتَ الوَاهِبُ، فَإِنْ مَاتَ المَوْهُوبُ لَهُ قَبْلَهُ كَانَ لِوَرَثَتِهِ عِنْدَهُ أَنْ يَقُومُوا مقامَهُ بالمُطَالَبَةِ لَها حَتَّى يُسلمَ إِلَيهم الوَاهِبُ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهم: الهِبَةُ لاَ تَصِحُّ إِلا بِالقَبْضِ مِنَ المَوْهُوبِ لَهُ، وَتَسْلِيمِ مِنَ الوَاهِبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ، فَهِيَ بَاطِلٌ، وَلَيسَ لِلْمَوْهُوب بِهِ أَنْ يُطَالِبَ الوَاهِبَ بِتَسْلِيمِها؛ لأَنَّها مَا لَمْ تقبضْ عدة وَعدَهُ بِها، فَإِنْ وَفى حمدَ، وَإِنْ لَمْ يُوفِ بِما وعَدَ، ولَمْ يوهبْ بِما سَلَمَ لَمْ يُقْضَ عَلَيهِ بِشَيْءٍ.

وَقالَ أبُو ثَورٍ، وَأحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: تَصِحُّ الهِبَةُ، وَالصَّدَقَةُ غَيرُ مَقْبُوضَةٍ.

وَرَووا ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي الله عنه ـ مِنْ وَجْهٍ لَا يُحْتَجُّ بِهِ.

قَالَ أبُو عَبْدِ اللَّهِ المَرْوزيُّ ـ رحمه الله: اتَّفَقَ أبُو بَكْرٍ، وَعُمَرُ، وَعُثْمانُ، وَعَلِيٌّ ـ رضي الله عنهم ـ أنَّ الهِبَةَ لَا تَصِحُّ إلا مَقْبُوضَةً.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أحْمَدَ، وَهُوَ الصَّحِيحُ عَنْهُ أنَّ الهِبَةَ إذا كَانَتْ مِمَّا يُؤكَلُ، أو يُوزَنُ لَمْ يَصِحَّ شَيْءٌ مِنْها إلا بالقَبْضِ، وَمَا عَدَا المَكِيلَ وَالمَوْزُونَ، فَالهِبَةُ صَحِيحَةٌ [جَائِزَةٌ] بِالقَولِ، وَإنْ لَمْ تُقْبَضْ، وَذَلِكَ كُلُّهُ إذَا قَبَضَها المَوهُوبُ لَهُ.

وَاخْتَلَفُوا فِي هِبَةِ المُشاعِ وَكَيْفَ القَبْضُ فِيها؟:

فَقالَ مَالِكٌ: هِبَةُ المُشاعِ جَائِزَةٌ، وَلَا تَصِحُّ إلا بِقَبْضِ الجَمِيعِ، وَتَصِحُّ لِلشَّرِيكِ فِي المُشاعِ إذَا تَخلَّ الوَاهِبُ عَنْها وَأخَذَها مِنْ يَدِهِ، وَانْفَرَدَ الشَّرِيكُ المُوهُوبُ لَهُ بِها.

وَقالَ الشَّافعيُّ، وَأبُو ثَورٍ، وَأحْمَدُ، وَإسْحاقُ: تَصِحُّ الهِبَةُ فِي المُشاعِ، وَالقَبْضُ فِيها كَالقَبْضِ فِي البَيْعِ سَواءً.

وَقَالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحابُهُ: الهِبَةُ لِلْمُشاعِ بَاطِلٌ وَلَا تَصِحُّ إلَّا مَقْبُوضَةً مَعْلُومَةً مُفْردةً، كَما يَصِحُّ الرَّهْنُ عِنْدَهُم، فَيفردُ المُرْتَهِنُ، وَكَذَلِكَ المَوهُوبُ لَهُ، وَيقبضُهُ، وَلَا شَرِكَةَ فِيهِ لِغَيرِهِ. وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ فِي كِتابِ الرَّهْنِ.

٣٤ ـ باب ما يجوز من العطية

قال أبو عمر: فِي هَذا البَابِ عِنْدَ جُمْهُورِ رُوَاةِ «المُوَطَّأ» حَدِيثُ مَالِكٍ عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، عَنْ عُثْمانَ فِي نِحْلَةِ الرَّجُلِ ابْنَهُ الصَّغِيرَ، وَهِبَتِهِ لَهُ، وَحِيازَتِهِ.

وَهُوَ عِنْدَ يَحيى فِي بَابٍ مُفردٍ فِي آخرِ الأقْضيَةِ، وَهُناكَ نَذْكُرُهُ كَما رَواهُ يَحيى ـ إنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى.

١٤٤٢ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ أعْطَى أحداً عَطِيَّةً لاَ يَريدُ ثَوابَهَا، فَأشْهَدَ عَلَيْهَا، فَإنَّهَا ثَابِتَةٌ لِلَّذِي أُعْطِيَهَا، إلاَّ أنْ يَمُوتَ الْمُعْطِي قَبْلَ أنْ يَقْبِضَهَا الَّذِي أُعْطِيَهَا.

قَالَ: وَإنْ أرَادَ الْمُعْطِي إمْسَاكَهَا بَعْدَ أنْ أشْهَدَ عَلَيْهَا، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ، إذَا قَامَ عَلَيهِ بِهَا صَاحِبُهَا، أخَذَهَا.

١٤٤٢ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو باب ٣٤ (ما لا يجوز من العطية) من كتاب الأقضية.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ أعْطَى عَطِيَّةً، ثُمَّ نَكَلَ الَّذِي أعْطَاهَا، فَجَاءَ الَّذِي أُعْطِيَهَا بِشَاهِدٍ يَشْهَدُ لَهُ أنَّهُ أعْطَاهُ ذَلِكَ، عَرْضاً كَانَ أوْ ذَهَباً أوْ وَرِقاً أوْ حَيَوَاناً، أُحْلِفَ الَّذِي أُعْطَى مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ. فَإنْ أبى الَّذِي أُعْطِيَ أنْ يَحْلِفَ، حُلفَ الْمُعْطِي، وَإنْ أبى أنْ يَحْلِفَ أيْضاً، أدَّى إلَى الْمُعْطَى مَا ادَّعَى عَلَيْهِ إذَا كَانَ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَاهِدٌ، فَلا شَيْءَ لَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ أعْطَى عَطِيَّةً لا يُرِيدُ ثَوَابَهَا، ثُمَّ مَاتَ الْمُعْطَى، فَوَرَثَتُهُ بِمَنْزِلَتِهِ، وَإنْ مَاتَ الْمُعطِي قَبْلَ أنْ يَقْبَضَ الْمُعْطَى عَطِيَّتَهُ، فَلا شَيْءَ لَهُ وَذلِكَ أنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً لَمْ يَقْبِضْهُ، فَإنْ أرَادَ الْمُعْطِي أنْ يُمْسِكَهَا، وَقَدْ أشْهَدَ عَلَيْهَا حِينَ أعْطَاهَا، فَلَيْسَ ذلِكَ لَهُ، إذَا قَامَ صَاحِبُهَا أخَذَهَا.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ القَوْلُ فِي هَذا كُلِّهِ، وَأوْضَحْنَا فِيهِ مَذْهَبَ مَالِكٍ، وَمَذْهَبَ غَيرِهِ مِنَ الفُقهاءِ فِي البَابِ قَبْلَ هَذا، وَالَّذِي دَعَانا إلى مَا ذكرهُ هُناكَ قَولُ أبي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ لِعَائِشَةَ فِيهِ: «لَو كُنْتِ حُزْتِيهِ، وَجدْتيهِ لَكانَ لَكِ، وَإنَّما هُوَ اليَومَ مَالُ الوَارِثِ».

وَقَولُ عُمَرَ فِيهِ أيضاً: «مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحلُونَ أبْنَاءَهُم نِحلاً، ثُمَّ يُمْسكُونَها، فَإنْ مَاتَ ابْنُ أحَدِهم، قالَ: مَالِي بِيَدِي . . . الحَدِيث».

وَهذانِ الحَدِيثَانِ أصْلُ حِيَازَةِ الهِبَةِ فِي «المُوَطَّأ».

وَكَذَلِكَ ذَكَرْنا اخْتِلافَ العُلماءِ فِي قَبْضِ الهِبَةِ وَحِيَازَتِها فِي البَابِ قَبْلَ هَذا.

وَذَكَرْنا عَنِ الشَّافِعِيِّ، وَالكُوفِيِّينَ أنَّ الهِبَةَ إذَا لَمْ يَقْبِضْها المَوْهُوبُ لَهُ، فَلَيْسَ لَهُ مُطالَبَةُ الوَاهِبِ بِها إنْ مَنَعَهُ إيَّاهَا.

وَذَكَرْنا أنَّ أكْثَرَ العُلماءِ عَلى ذَلِكَ، وَباللَّهِ تَوْفِيقُنَا.

٣٥ ـ باب القضاء في الهبة

١٤٤٣ ـ مَالِكٌ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنْ أبِي غَطَفَانَ بْنِ طَرِيفٍ الْمُرِّيِّ؛ أنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ، أوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ، فَإنَّهُ لاَ يَرْجِعُ فِيهَا، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرَى أنَّهُ إنَّمَا أرَادَ بِهَا الثَّوَابَ، فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ، يَرْجِعُ فِيهَا، إذَا لَمْ يُرْضَ مِنْهَا.

١٤٤٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤٢، من كتاب الأقضية، باب ٣٥ (القضاء في الهبة)، وقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٧/ ١٧٧، ٩/ ١٠٥، ١٠٦، ١٠٧.

قال أبو عمر: رَوى سُفيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينارٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ أبِيهِ، أنَّ عُمَرَ بْنَ الخطَّابِ قَالَ: مَنْ وَهبَ هِبَةً، فَلَمْ يُثَبْ مِنها، فَهُوَ أحَقُّ بِها.

[وَعَنْ الأعْمَشِ، عَنْ إبْراهِيمَ أنَّ عُمَرَ بْنَ الخطَّابِ قالَ: مَنْ وَهَبَ هِبَةً لَمْ يُثَبْ مِنها، فَهُوَ أحَقُّ بِها] إلَّا لِذِي رَحِمٍ.

وَعَنْ أيُّوبَ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، عَنْ شُريحٍ، قالَ: مَنْ أعْطى فِي صِلَةِ رَحِم، أو قَرابَةٍ، أو حَقٍّ، أو مَعْرُوفٍ فَعَطيَّتُهُ جَائِزَةٌ، والجَانب المستعززُ يُثَابُ من هِبَتِهِ، أو تردُّ إليه.

١٤٤٤ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، أنَّ الْهِبَةَ إذَا تَغَيَّرَتْ عِنْدَ الْمَوْهُوبِ لَهُ لِلثَّوَابِ، بِزِيَادَةٍ أوْ نُقْصَانٍ، فَإنَّ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ أنْ يُعْطِيَ صَاحِبَهَا قِيمَتَهَا، يَوْمَ قَبَضَهَا.

[**قال أبو عمر**: نَذْكُرُ فِي هذا البَابِ أقَاوِيلَ الفُقهاءِ فِي الهِبَةِ لِلثَّوَابِ، وَقَدْ أرجأتُ القَولَ فِي الرُّجُوعِ في الْهِبَةِ لِذِي رَحِمٍ وَغيرِهِ إلى بَابِ الاعْتِصارِ فِي الصَّدَقَةِ ـ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى].

قال أبو عمر: مَذْهَبُ مَالِكٍ فِي الهِبَةِ لِلثَّوابِ أنَّها جَائِزَةٌ غَيرُ مَرْدُودَةٍ إذا قَبَضَها المَوهُوبُ لَهُ كَانَ لِلْوَاهِبِ مُطَالَبَتُهُ بِالثَّوابِ مِنها ذا رَحِمٍ مِنْهُ كَانَ أو غَيرَ رَحِم إلا أنْ يَكُونَ فَقِيراً يَرى أنَّهُ أرَادَ بِها الصَّدَقَةَ عَلَيهِ، فَلاَ ثَوابَ عَلَيهِ حِينَئِذٍ، وَالموهُوبُ لَهُ مُخَيَّرٌ فِي رَدِّها، أو إعْطاء العِوضَ مِنها، هَذا مَا لَمْ تَتَغَيَّر عِنْدَهُ بِزِيَادَةٍ، أو نُقْصانٍ، فَإنْ تَغَيَّرَتْ عِنْدَهُ بِزِيَادَةٍ أو نُقْصانٍ كَانَ لِلْوَاهِبِ قِيمَتُها يَومَ قَبضَها الموهُوبُ لَهُ.

وَكانَ إسْحاقُ بْنُ رَاهويه يَذْهَبُ فِي ذَلِكَ إلى قَولِ مَالِكٍ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ، وَعَلِيٍّ، وَفضالَةَ بْنِ عُبيدٍ جَوازُ الهِبَةِ لِلثَّوابِ.

وَأمَّا الشَّافعيُّ، فَالهِبَةُ لِلثَّوَابِ عِنْدَهُ بَاطِلٌ مَرْدَودَةٌ، لَيسَتْ بِشَيْءٍ.

وَهُوَ قَولُ أبي ثَورٍ، وَدَاوُدَ؛ لأنَّها مُعاوضَةٌ على مَجْهُولٍ غَيرِ مَذْكُورٍ وَذَلِكَ بَيْعٌ لا يَجُوزُ.

وَأمَّا أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحَابُهُ فَالهِبَةُ لِلثَّوابِ عِنْدَهُم جَائِزَةٌ على نَحْوِ مَا ذَهَبَ إليهِ مَالِكٌ فِي ذَلِكَ، وَإنْ زَادَتْ عِنْدَ المَوْهُوبِ لَهُ، أو نَقصَتْ، أو هَلَكَتْ، لَمْ يَكُنْ

١٤٤٤ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، بعد الحديث رقم ٤٢، من الكتاب والباب السابقين.

لِلْواهِبِ فِيها رُجُوعٌ إِنْ كَانَتْ لِذِي رَحِمٍ؛ لأَنَّهُ ـ حِينَئِذٍ ـ صِلَةٌ خَالِصَةٌ لَهُ.

وَهُوَ قَولُ الثَّوريِّ.

وَجُمْلَةُ قَولِ الكُوفِيِّينَ فِي الهِبَةِ لِلثَّوَابِ أَنَّ كُلَّ هِبَةٍ وَقَعَتْ عَلى شَرْطِ عِوضٍ، فَهِيَ وَالعِوضُ مِنْها عَلى حُكْمِ الهِبَةِ، لا تَصِحُّ مَا لَمْ تقبضْ، وَيَمْنَعُ كُلُّ وَاحِدٍ، [مِنْهَا صَاحِبَهُ إِنْ شَاءَ فَإِنْ مَضَتْ، وَقبضَ العِوضَ مِنْها، فَهِيَ كَالبَيْعِ، وَيردُّ كُلُّ وَاحِدٍ] مِنْهما، مَا وجدَ فِيهِ العَيْبُ مِنْ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ.

وَقالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنبلٍ: لَيسَ لأَحَدٍ رُجُوعٌ، وَلَا ثَوابٌ فِي هِبَةٍ، وَلَا هَدِيَّةٍ؛ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»(١).

وَهُوَ قَولُ دَاوُدَ، وَأَهْلِ الظَّاهِرِ.

حدَّثَنِي عَبْدُ الوَارِثِ، قالَ: حدَّثنِي قَاسمٌ، قالَ: حدَّثني الخشنيُّ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ عُمَرَ، قالَ: حَدَّثَني سُفْيَانُ، عَنْ أَيُوبَ، عَنْ عكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ: «لَيْسَ مِنَّا مثلُ السَّوءِ، العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»(٢).

٣٦ ـ باب الاعتصار(٣) في الصدقة

١٤٤٥ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ عِنْدَنَا الَّذِي لاَ اخْتِلافَ فِيهِ، أَنَّ كُلَّ مَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ بِصَدَقَةٍ قَبَضَهَا الابْنُ، أَوْ كَانَ فِي حجْرِ أَبِيهِ فَأَشْهَدَ لَهُ عَلَى صَدَقَتِهِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ(٤) شَيْئاً مِنْ ذلِكَ؛ لأَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ فِي شَيْءٍ مِنَ الصَّدَقَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِيمَنْ نَحَلَ وَلَدَهُ نحْلاً، أَوْ أَعْطَاهُ عَطَاءً لَيْسَ بِصَدَقَةٍ، إِنَّ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ ذلِكَ، مَا لَمْ يَسْتَحْدِثِ الْوَلَدُ دَيْناً يُدَايِنُهُ النَّاسُ بِهِ، وَيَأْمَنُونَهُ عَلَيْهِ، مِنْ أَجْلِ ذلِكَ الْعَطَاءِ الَّذِي أَعْطَاهُ أَبُوهُ، فَلَيْسَ لأَبِيهِ أَنْ يَعْتَصِرَ مِنْ ذلِكَ شَيْئاً، بَعْدَ أَنْ تَكُونَ عَلَيْهِ الدُّيونُ، أَوْ يُعْطِي الرَّجُلُ ابْنَهُ أَوِ ابْنَتَهُ، فَتَنْكِحُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ،

---

(١) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في الهبة باب ٣٠، ومسلم في الهبات حديث ٥، ٦، وأبو داود في البيوع باب ٨١، والنسائي في الهبة باب ٣، ٤، وابن ماجه في الصدقات باب ١، وأحمد في المسند ١/ ٤٠، ٥٤، ٢١٧، ٢٣٧، ٢٨٩، ٣٤٩، ٣٥٠، ٢/ ٢٧، ١٧٥، ٢٠٨.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

(٣) الاعتصار: هو الحبس، وكل شيء حبسته ومنعته فقد عصرته، وقيل: الرجوع، واعتصر العطية إذا ارتجعها.

١٤٤٥ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم وهو باب ٣٦ (الاعتصار في الصدقة) من كتاب الأقضية.

(٤) فليس له أن يعتصر: أي يرتجع.

وَإِنَّمَا تَنْكِحُهُ لِغِنَاهُ، وَلِلْمَالِ الَّذِي أَعْطَاهُ أَبُوهُ، فَيُرِيدُ أَنْ يَعْتَصِرَ ذلِكَ، الأَبُ، أو يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ، قَدْ نَحلَهَا أَبُوهَا النَّحْلَ، إِنَّما يَتَزَوَّجُهَا وَيَرْفَعُ فِي صِدَاقِهَا[1] لِغِنَاهَا وَمَالِهَا، وَمَا أَعْطَاهَا أَبُوهَا، ثُمَّ يَقُولُ الأَبُ: أَنَا أَعْتَصِرُ ذلِكَ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ مِنِ ابْنِهِ وَلا مِنِ ابْنَتِهِ شَيْئاً مِنْ ذلِكَ، إِذَا كَانَ عَلَى مَا وَصَفْتُ لَكَ.

قال أبو عمر: قَدْ قُلْنَا: إِنَّ الاعْتِصارَ عِنْدَ أَهْلِ المَدِينَةِ هُوَ الرُّجُوعُ فِي الهِبَةِ وَالعَطِيَّةِ، وَلاَ أَعْلَمُ خِلاَفاً بَيْنَ العُلَماءِ أَنَّ الصَّدَقَةَ لا رُجُوعَ فِيها لِلْمُتَصَدِّقِ بها.

وَكُلُّ مَا أُرِيدَ بِهِ ـ مِنَ الهِباتِ ـ وَجْهَ اللَّهِ تعالى بِأَنَّها تَجْرِي مَجْرى الصَّدَقَةِ فِي تَحْرِيمِ الرُّجُوعِ فِيها.

وَأَمَّا الهِبَاتُ إِذَا لَمْ يَقُلِ الوَاهِبُ فِيها لِلَّهِ، وَلَا أَرَادَ بِهبتِهِ الصَّدَقَة المُخرجَةَ لِلَّهِ (عَزَّ وجلَّ)، فَإِنَّ العُلَماءَ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ اخْتِلافاً كَثِيراً:

فَمَذْهَبُ مَالِكٍ فِيما ذَكَرَهُ فِي كِتَابِهِ «المُوَطَّأ» عَلى مَا أَوْرَدْنَاهُ مِنْ تَخصِيصِ تَرْكِ رُجُوعِ الأَبِ فِي هِبَتِهِ لِوَلَدِهِ إِذَا نكحَتِ الابْنَةِ، أو اسْتَدانَ الابْنُ وَنَحو ذَلِكَ عَلى مَا تَقَدَّمَ وَصْفُهُ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَلَيسَ لأحدٍ عِنْدَهُ أَنْ يَرْجعَ فِي هِبَتِهِ إِلا الوَالِدُ، ثُمَّ وقفَ عَنْ ذَلِكَ، فَقالَ: لَو اتَّصَلَ حَدِيثُ طَاوسٍ: «لا يحلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجعَ فِي هِبَتِهِ إِلا الوَالِدُ»، لَقُلْتُ بِهِ، وَلَمْ أزد وَاهِباً غَيرهُ وَهبَ لِمَنْ يسْتَثِيبُ مِنْهُ، أَو لِمَنْ لَا يسْتَثِيبُ مِنْهُ.

قال أبو عمر: قَدْ وَصلَ حَدِيثَ طَاوسٍ حسينٌ المُعلمُ، وَهُوَ ثِقَةٌ، لَيسَ بِهِ بَأْسٌ.

أخبرنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، [قالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ بَكْرٍ]، قالَ: حدَّثَنِي أَبو دَاوُدَ، قالَ: حدَّثني مُسددٌ، قَالَ: حدَّثني يَزِيدُ بْنُ زريعٍ، قالَ: حَدَّثني حُسينٌ المعلمُ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيبٍ، عَنْ طَاوسٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ: «لَا يَحِلُّ لأَحَدٍ أَنْ يعْطِيَ عَطِيَّةً، أو يَهبَ هِبَةً، ثُمَّ يَرْجعُ فِيها إِلَّا الوَالِدُ فِيما يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمثلُ الَّذِي يُعْطِي العَطِيَّةَ، ثُمَّ يَرْجعُ فِيها كَمَثَلِ الكَلْبِ يَأْكُلُ، فَإِذا شَبعَ قَاءَهُ، ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ»[2].

قال أبو عمر: أَمَّا قَولُهُ ﷺ: «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ».

وَلا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ العِلْمِ فِي صِحَّةِ إِسْنَادِهِ.

وَمِنْ أَحْسَنِ أَسَانِيدِهِ حَدِيثُ شُعْبَةَ، عَنْ قَتادَةَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

---

(١) يرفع في صداقها: أي يزيد.

(٢) تقدم الحديث مع تخريجه قبل قليل.

وَأَمَّا قَولُهُ ﷺ: «لا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أنْ يَرْجعَ فِي هِبَتِهِ إِلَّا الوَالِدُ»، فَلَيس يَتَّصِلُ إِسْنَادُهُ إلا مِنْ حَدِيثِ حُسينِ المُعلمِ، كَما وَصَفْتُ لَكَ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَورٍ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ: كُلُّ مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مُحرمةٍ كَالأَخِ وَالأُخْتِ، وَابْنِ الأُخْوةِ، وَالأَخَوَاتِ.

وَكَذَلِكَ الأَعْمَامُ وَالعَمَّاتُ، وَالأَخْوالُ، والخَالاتُ، وَالآبَاءُ، وَإِنْ عَلَوا، وَالبَنِينَ وَإِنْ سَفَلْوا، وَكُلُّ مَنْ لا يَحِلُّ لَهُ نِكاحُها، أو كَانَتِ امْرَأَةً مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ، وَالصِّهْرِ.

وَكَذَلِكَ الزَّوْجَانِ إِنْ وَهَبَ أَحَدُهُما لِصَاحِبِهِ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاهِبِ مِنْهُم أَنْ يَرْجعَ فِي هِبَتِهِ، كَما لَيسَ لِلْمُتَصَدِّقِ أَنْ يَرْجعَ فِي شَيْءٍ مِنْ صَدَقَتِهِ، فَإِنْ وهبَ لِغَيرِ هَؤُلاءِ، فَلَهُ الرُّجُوعُ فِي هِبَتِهِ، مَا لَمْ تَزِدْ في بَدنِها، أو يزيد فِيها المَوهُوبُ لَهُ، وَمَا لَمْ يَمُتْ وَاحِدٌ مِنْهُما، وَمَا لَمْ تَخْرُجِ الهِبَةُ مِنْ مِلْكِ المَوهُوبِ لَهُ إلى مِلْكِ غَيرِهِ، وَمَا لَمْ يُعوضِ المَوهُوبُ لَهُ الوَاهِبَ عِوضاً يَقْبلُهُ، وَيقبضُ مِنْهُ، فَأَيُّ هَذِهِ الأَشْيَاءِ كَانَتْ فَلا رُجُوعَ فِي الهِبَةِ مَعَهُ، كَما لا يَرْجِعُ فِي الصَّدَقَةِ، وَلا فِيما وهبَ لِذِي رَحِمٍ مُحرمةٍ مِنْهُ، وَلا فِيمَا وهبَ أَحَدُ الزَّوجَيْنِ لِصَاحِبِهِ.

وَإذا لَمْ تَكُنْ هَذِهِ الأَشْيَاءُ وَالشُّرُوطُ الَّتِي ذَكَرْنا، وَالأَوصَافَ الَّتِي وَصَفْنا كَانَ لِلْوَاهِبِ الرُّجوعُ فِي الهِبَةِ، وَلا يَرْجعُ عَلَيهِ إلا بِحُكْمِ الحَاكِمِ لَهُ فِيها، أو بِتَسْلِيمِ مِنَ المَوْهُوبِ لَهُ.

هَذا كُلُّهُ قَولُ أَبِي حَنيفَةَ وَأَصْحابِهِ فِيمَا ذكرَ الطَّحاويُّ عَنْهُم فِي «مُخْتَصرِهِ».

وَحُجَّتُهم فِي ذَلِكَ الحَدِيثُ عَنْ عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ مِنْ رِوَايَةِ مَالِكٍ وَغيرِهِ، عَنْ داوُدَ بْنِ الحُصينِ، عَنْ أَبِي غطفانَ، عَنْ مَرْوانَ، عَنْ عُمَرَ، أَنَّهُ قالَ: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ، أو عَلى وَجْهِ الصَّدَقَةِ» فَسَوَّى بَيْنَ الهِبَةِ لِذِي الرَّحِمِ، وَبَيْنَ الصَّدَقَةِ.

وَرَوى الأَسْوَدُ، عَنْ عُمَرَ مِثْلَهُ فِيمَنْ وهبَ لِصِلَةِ رَحِمٍ، أو قَرابَةٍ.

وَلَيسَ فِي حَدِيثِ عُمَرَ ذِكْرُ الزَّوْجَيْنِ.

وَلا فَرْقَ بَيْنَ الرَّحِمِ المُحرمةِ، وَلَا غَيرِ المُحرمةِ، كَما فعلَ الكُوفِيُّونَ.

وَالأَصْلُ عِنْدِي الَّذِي تَلْزَمُ الحُجَّةُ بِهِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ لأَحَدٍ الرَّجْعَةُ فِيهِ؛ لِقَولِهِ ﷺ: «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»، إِلا أَنْ تَثْبُتَ سُنَّةٌ تخُصُّ هَذِهِ الجُملَةَ، أو يَتَفِقُ عَلى مَعْنى مِنْ ذَلِكَ عُلماءُ الأمَّةِ، وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ.

٣٧ ـ باب القضاء في العمرى[١]

١٤٤٦ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الأنْصَارِيِّ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا، لاَ تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا أَبَداً» لأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ.

١٤٤٧ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ الْقَاسِمِ؛ أَنَّهُ سَمِعَ مَكْحُولاً الدمَشْقيَّ يَسْأَلُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ عَنِ الْعُمْرَى: مَا يَقُولُ النَّاسُ فِيهَا؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: مَا أَدْرَكْت النَّاسَ إِلا وَهُمْ عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ، وَفِيمَا أُعْطُوا.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذلِكَ، الأَمْرُ عِنْدَنَا، أَنَّ الْعُمْرَى تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْمَرَهَا، إِذَا لَمْ يَقُلْ: هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ.

قال أبو عمر: هَذِهِ اللَّفْظَةُ لَمْ يَرْوِها عَنْ مَالِكٍ أَحَدٌ فِي «المُوطَّأ» قَولهُ: «إِنَّ العُمْرى تَرْجعُ إلى الَّذِي أعْمَرَها، إِذَا لَمْ يَقُلْ: لَكَ، وَلِعَقِبِكَ» غَيرُ يَحيى بْنِ يحيى فِي «المُوطَّأ» وَقَدْ رَمى بِها ابْنُ وَضَّاحٍ مِنْ كِتَابِهِ.

وَالمَعْرُوفُ عَنْ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ فِي العُمرى أَنَّها تَرْجعُ إِلى المُعْطِي، إِذَا مَاتَ المُعْطى.

وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ المُعطِي لِلْمُعْطى: هِيَ لَكَ، وَلِعَقِبِكَ تَرْجعُ أيضاً إِلى المُعْطِي عِنْدَ انْقِراضِ عَقِبِ المُعْطى إذا كَانَ المُعْطِي حَيّاً، وَإِلا قَالَ مَنْ كَانَ حَيّاً مِنْ وَرَثَتِهِ، وَأولى النَّاسِ بِمِيرَاثِهِ، وَلَا يملِكُ المعمرُ بِلَفْظِ العُمرى عِنْدَ مَالِكٍ وَأَصْحابِهِ رقبةَ شَيْءٍ مِنَ الأَشْياءِ، وَإِنَّما يَملِكُ بِلَفْظِ العُمرى والسُّكْنى، وَالاعْتِمارِ، وَالإِغْلالِ.

---

(١) العمرى: يقال: أعمرته داراً أو أرضاً أو أبلاً، إذا أعطيته إياها وقلت له: هي لك عمرى، أو عمرك، فإذا مت رجعت إليَّ. وقال الباجي: هي هبة منافع الملك، عُمْرَ الموهوب له، أو مدة عمره وعمر عقبه.

١٤٤٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤٣، من كتاب الأقضية، باب ٣٧ (القضاء في العمرى) وقد أخرجه مسلم في الهبات، باب ٤ (العمرى) حديث ٢٠، وأبو داود في البيوع، حديث ٣٥٥٠، ٣٥٥١، ٣٥٥٣، ٣٥٥٦، والترمذي في الأحكام حديث ١٣٥٠، والنسائي في العمرى حديث ٣٧٢٩، ٣٧٣٥، ٣٧٣٩، ٣٧٤٠، ٣٧٤٢، ٣٧٤٣، ٣٧٤٤، ٣٧٤٥، ٣٧٤٦، ٣٧٤٧، ٣٧٤٨، ٣٧٤٩، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٣٨٠، ٢٣٨٣.

١٤٤٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤٤، من الكتاب والباب السابقين.

وَالإِعْمارُ عِنْدَهم وَالإِسْكانُ سَوَاءٌ، لَا يملكُ بِذَلِكَ رَقبةَ شَيْءٍ مِنَ الأَشياءِ، وَكَذَلِكَ الإِفْقارُ وَالإِخْبالُ وَالإِطْراقُ، وَمَا كانَ مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ أَلْفَاظِ العَطايَا، لَا يملكُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ رَقَبَةَ الشَّيْءِ المُعْطى، وَإِنَّما تُملكُ بِهِ مَنْفعتُهُ عَلَى حَسبِ حَالِهِ.

هَذا كُلُّهُ قَولُ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ، وَهُوَ تَحْصِيلُ مَذْهَبِهِ.

١٤٤٨ ـ وَكَذَلِكَ ذكرَ فِي «المُوَطَّأ» بِأثرِ الحَدِيثِ المَذْكُورِ فِي أَوَّلِ البَابِ، عَنْ نَافع: أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَرِثَ مِنْ حَفصةَ بِنْت عُمَرَ دَارَها، قالَ: وَكانَتْ حَفْصَةُ قَدْ أَسْكَنَتْ بِنْتَ زَيْدِ بْنِ الخطَّابِ مَا عَاشَتْ، فَلَمَّا تُوفِّيَتْ بِنْتُ زَيْدٍ قبضَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ المَسْكَنَ، وَرأى أَنَّهُ لَهُ.

قال أبو عمر: لأَنَّهُ كَانَ شَقِيقَ حَفْصةَ، وَالمُنْفَرِدَ بِمِيرَاثِها، فَرجَعَتْ إِليهِ الدَّارُ بَعْدَ مَوتِها؛ لأنَّ الإِسْكانَ لاَ يُملكُ بِهِ إِلا المَنْفعَةُ دُونَ الرَّقبةِ.

وَكَذَلِكَ الإِعْمَارُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَحُجَّتُهُ فِي ذَلِكَ قَولُ القَاسِمِ بْنِ مُحمدٍ: مَا أَدْرَكْتُ النَّاسَ إِلَّا عَلى شُرُوطِهم فِي أَمْوَالِهِم، وَفِيما أَعْطوا، يُرِيدُ أَنَّ لَفْظَ العُمرى يَنْفِي أَنْ يَكُونَ لِلْمُعْمِرِ مِنَ الشَّيْءِ الَّذِي أَعْمَرَ إِلا مَنْفَعَتُهُ، وَعمْرهُ، لَا غَير.

وَلَمْ يَأْخُذْ مَالِكٌ بِحَدِيثِهِ المُسْنَدِ فِي هَذا البَابِ عَنِ [ابْنِ شِهابٍ]، عَنْ أَبي سَلمةَ، عَنْ جَابِر، وَقالَ: لَيْسَ عَلَيهِ العَمَلُ [إِلا مَا ذكرَهُ عَنْهُ يَحيى بْنُ يحيى فِي «المُوَطَّأ»، وَكانَ مِنْ آخِرِ مَنْ رَوى عَنْهُ «المُوَطَّأ»].

وَرَوى عَنْهُ بَعْضُ أَصْحابِهِ أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ مُحمداً، وَعَبْدَ اللَّهِ ابْنَي أَبي بَكْرِ بْنِ مُحمدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزمٍ، وَسَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ يُعَاتِبُ مُحمداً، وَمُحمَّدٌ يَوْمَئِذٍ قَاضٍ يَقُولُ لَهُ: مَا لَكَ لا تَقْضِي بِالحَدِيثِ الَّذِي جَاءَ عَنْ رَسُولِ ﷺ فِي العُمرى؟ ـ [يَعْنِي حَدِيثَ ابْنِ شِهابٍ] عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، [عَن جابر] فَيقُولُ لَهُ مُحمدٌ: يَا أَخِي لَمْ أَجِدِ النَّاسَ عَلى هَذا، فَجَعَلَ عَبْدُ اللَّهِ يُكَلِّمُهُ، وَمُحمدٌ يَأْبَاهُ.

قال أبو عمر: لَمْ يَأْخُذْ مَالِكٌ بِحَدِيثِ العُمرى، وَرَدَّهُ بِالعَمَلِ عِنْدَهُ، وَقَدْ أَخَذَ بِهِ ابْنُ شِهابٍ وَغيرُهُ.

وَرَوى معمرٌ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ أَبي سَلَمَةَ، عَنْ جَابِرٍ، قالَ: إِنَّما العُمرى الَّتِي أَجَازَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِنَّما أَنْ يَقُولَ: هِيَ لَكَ، وَلِعَقِبِكَ، فَأَمَّا إِذا قَالَ: هِيَ لَكَ مَا عِشْتَ، فَإِنَّها تَرْجعُ إِلى صَاحِبِها.

١٤٤٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤٥، من الكتاب والباب السابقين.

[قَالَ معمرٌ: وَكانَ الزُّهريُّ يفْتِي بِذَلِكَ].

قال أبو عمر: هَذا قَولُ أبِي سَلمةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ، وَيَزيدَ بْنِ قسيطٍ، وَبِهِ قالَ ابْنُ أبي ذِئْبٍ، وَالأوْزَاعِيُّ، وَإِليهِ ذَهَبَ أبُو ثَورٍ، وَدَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ.

وَقَالَ الأوْزَاعِيُّ: قُلْتُ: لِلزُّهريِّ: الرَّجُلُ يَقُولُ [للرجل] جَارِيَتي هَذِهِ لَكَ حَياتكَ، أَيَحِلُّ لَهُ أنْ يَطَأها؟ قَالَ: لا، قُلْتُ: فَقالَ: هِيَ لَكَ عُمْرِي، أو عُمْرِكَ، فَيَحِلُّ لَهُ فَرْجُها، قالَ: لا، حَتَّى يَبِينَهَا لَهُ، إِنَّما العُمرى الَّتِي لا يَكُونُ فِيها لِلْمُعمرِ شَيْءٌ، أنْ يَقُولَ: هِيَ لَكَ، وَلِعَقِبَكَ، يُعْطِيها لَهُ، وَلِعَقِبِهِ، لا يَكُونُ لِلْمُعْطِي فِيها مَثُوبَةٌ.

[وَقالَ مُحمدُ بْنُ يَحيى الذَّهليُّ النَّيْسَابُورِيُّ: حَدِيثُ مَعمرٍ هَذا إِنَّما مُنْتَهاهُ إِلى قَولِهِ: هِيَ لَكَ، وَلِعَقِبِكَ، وَمَا بَعْدَهُ عِنْدَنا مِنْ كَلامِ الزُّهريِّ]، قَالَ: وَمَا رَواهُ أَبُو الزُّبيرِ عَنْ جَابِرٍ يردُّ حَدِيثَ مَعمرٍ هَذا.

قال أبو عمر: حَدِيثُ أبي الزُّبيرِ رَواهُ ابْنُ جُريجٍ، [وَالحجَّاجِ بْنُ أبي عُثْمانَ، وَحَمَّادُ بْنُ سلمَةَ، وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ طهمانَ، عَنْ أبي الزُّبيرِ] عَنْ جابِرٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «يَا مَعْشَرَ الأنْصارِ أَمْسِكُوا عَلَيْكُم أَمْوَالَكُم، وَلاَ تعمرُوها، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً حَيَاتَهُ، فَهُوَ لَهُ حَياتهُ وَمَوتهُ»[1].

وَقَدْ رَواهُ ابْنُ جُريجٍ أيضاً عَنْ عَطاءٍ، عَنْ جَابرٍ.

أَخْبَرنا أَبُو مُحمدٍ؛ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدِ بن عَبْد المُؤمنِ، قَالَ: حدَّثنا مُحمدُ بْنُ عُثْمانَ بْنِ ثَابِتٍ أَبُو بَكْرٍ الصَّيْدلانيُّ بِبَغْدادَ، قالَ: حدَّثني إِسْمَاعِيلُ القَاضِي، قالَ: حَدَّثَني عَلِيُّ بْنُ المَدِينيِّ، قالَ: حَدَّثني سُفْيانُ، قالَ حَدَّثني ابْنُ جُريجٍ، أَنَّهُ سَمِعَ عَطاءَ يَقُولُ: سَمِعْتُ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تعمرُوا، وَلَا ترقبُوا، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً، أو أَرْقبَهُ، فَهُو لِوَرثَتِهِ»[2].

قَالَ سُفْيانُ: وَأَخْبَرنا عَمْرُو بْنُ دِينارٍ، عَنْ سُليمانَ بْنِ يَسارٍ: قالَ: قَضى طَارِقٌ بِالمَدِينَةِ بِالعُمرى لِلْوَارِثِ عَنْ قَولِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ النبيَّ ﷺ قَضى بِها.

وَقَدْ ذَكَرْنا الآثَارَ بِهذا المَعْنى فِي «التَّمْهِيدِ».

---

(١) أخرجه مسلم في الهبات حديث ٢٦، والنسائي في العمرى باب ٢، وأحمد في المسند ٣/ ٣٠٢، ٣١٧، ٣٧٤.

(٢) أخرجه مسلم في الهبات حديث ٢١، ٢٢، وأبو داود في البيوع باب ٨٦، ٨٧، والنسائي في العمرى باب ٢، وأحمد في المسند ٢/ ٣٤، ٧٣، ٥/ ١٨٩.

قال أبو عمر: مَنْ قَالَ فِي العُمرى بِحَدِيثِ أبي الزُّبير، عَنْ جَابِرٍ، وَمَا كَانَ مِثْلَهُ فِي العُمرى جَعَلَ العُمرى هِبَةً مَبتولةً مِلْكاً للَّذِي أعْمَرَها، وَأَبْطَلَ شَرْطَ ذِكرِ العُمْرِ فِيها.

وَبِهَذا قَالَ الشَّافعيُّ، وَأَبو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهما.

وَهُوَ قَولُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ شبرمَةَ، وَسُفْيانَ الثَّوريِّ، وَالحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ، وَابْنِ عُيَيْنَةَ، وأَحْمد بْنِ حَنْبلٍ، وَأَبي عُبيدٍ، كُلّ هُؤلاءِ يَقُولُونَ بِالعُمرى هِبةٌ مَبتولَةٌ، يَمْلِكُ المُعمرُ رَقَبَتَها، وَمَنافِعَها، وَاشْتَرطُوا فِيها القَبْضَ كَسَائِرِ الهِبَاتِ، فَإِذا قَبضَها المُعمرُ وَرِثَها عَنْهُ وَرَثَتُهُ بَعْدَهُ كَسَائِرِ مَالِهِ؛ لأنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَبْطَلَ شَرْطَ المُعمرِ فِيها، وَجعَلها مِلْكاً لِلْمُعمرِ مَوْرُوثاً عَنْهُ.

قَالُوا: وَسَواءٌ ذِكْرُ العَقِبِ فِي ذَلِكَ وَالسُّكوتُ عَنْهُ؛ لأَنَّهُ لَو أعْمَرَها مَنْ أعْقَبَها، أو مَنْ لا يَكُونُ لَهُ عَقِبٌ كَالمَجْبُوبِ، وَالعَقِيمِ، فَقالَ: لَكَ وَلِعَقبِكَ، أو قَالَ ذَلِكَ لِمَنْ لَهُ عَقِبٌ، فَمَاتُوا قَبْلَهُ لَمْ يَكُنِ لِذِكْرِ العَقِبِ مَعْنى يَصِحُّ، إِلَّا أَنَّهَا حِينَئِذٍ تُورثُ عِنْدَهُم عَنْهُ، وَقَدْ يَرِثُهُ غَيرُ عَقِبِهِ.

قَالُوا: فَذِكْرُ العَقِبِ لا مَعْنى لَهُ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّما المَعْنى الصَّحِيحُ مَا جَاءَ بِهِ الأَثَرُ وَاضِحاً أَنَّ العُمرى تُورَثُ عَنِ المُعْطِي لِملكِهِ لَها بِما جَعَلَها رَسُولُ اللَّهِ مِنْ ذَلِكَ لَهُ حَياتَهُ، وَمَوْتَهُ.

وَهُوَ قَولُ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، وَابْنِ عُمَرَ، وَابْنِ عَبَّاسٍ.

ذَكَرَ مَعمرٌ، عَنْ أَيُّوبَ، عَنْ حبيبه بْنِ أَبي ثَابِتٍ، قالَ: سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ وسَأَلَهُ أَعْرابيٌّ أَعْطى ابْنَهُ نَاقَةً لَهُ حَياتَهُ، فَأَنْتجَتْ إِبلاً، فَقالَ ابْنُ عُمَرَ: هِيَ لَهُ حَياتَهُ وَموتَهُ.

قَالَ: أَفرَأَيت إِنْ تَصدَّقَ بِهَا عَلَيه، قَالَ: فَذَلِكَ أَبْعَدُ لَهُ.

قال أبو عمر: هَذا الحَدِيثُ عَنِ ابْنِ عُمَرَ يَدُلُّ عَلى أَنَّ مَذْهَبَهُ فِي العُمرى بِخِلافِ مَذْهَبِهِ فِي الإِسْكانِ وَالسُّكْنى بِدَلِيلِ أَنَّهُ ورثَ مِنْ حَفْصَةَ أُخْتِهِ دَاراً كَانَتْ أَسْكَنَتْها بِنْتَ زَيْدِ بْنِ الخَطَّابِ مَا عَاشَتْ، فَلَمَّا مَاتَتْ بِنْتُ زَيْدِ بْنِ الخَطَّابِ بَعْدَ مَوتِ حَفْصَةَ وَرِثَ ابْنُ عُمَرَ الدَّارَ عَنْ أُخْتِهِ حَفْصَةَ؛ لأنَّها كَانَتْ عَلى مِلْكِها، وَكانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَارِثَها؛ لأَنَّه كَانَ شَقِيقَها.

وَعَلى هَذَا أَكْثَرُ أَهْلِ العِلْمِ فِي الإِعْمَارِ وَالعُمرى إِذْ ذَلِكَ مُخالِفٌ لِلإِسْكَانِ وَالسُّكْنى.

وَقَدْ كَانَ الحَسَنُ، وَعَطاءٌ، وَقتادَةُ يُسَوُّونَ بَيْنَ العُمرى، والسُّكْنى، وَقالُوا: مَنْ أَسْكَنَ أَحَدا دَارَهُ لَمْ يَنْصَرِفْ إِليهِ أَبداً.

وَكَانَ الشَّعبيُّ يَقُولُ: إذا قَالَ: هِيَ لَكَ سُكْنى حَتَّى تَمُوتَ، فَهِيَ لَهُ حَيَاتَهُ وَموتَهُ، وَإِذَا قَالَ: دَارِي هَذِهِ اسْكُنْها حَتَّى تَمُوتَ، فَإِنَّها تَرجعُ إِلى صَاحِبِها.

قال أبو عمر: جَعلَ هَؤُلاءِ السُّكنى كَالعُمرى هِبَةً تُملكُ بِها الرَّقَبةُ، وَجَعَلَ مِلْكَ العُمرى كَالسُّكْنى، لاَ تملكُ بِها إِلا المَنْفَعَةُ دُونَ الرَّقبةِ.

وَذَلِكَ الَّذِي عَلَيهِ جُمْهُورُ أَهْلِ العِلْمِ فِي السُّكْنى وَالإِسْكَانِ أَنَّهُ لا تُملكُ بِهِ رَقَبَةُ الشَّيْءِ.

وَالخَبَرُ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي العُمرى رَوَاهُ الثَّوريُّ، وَغَيرُهُ، عَنْ أَبي الزُّبَيْرِ، عَنْ طَاوسٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: لَا تَحِلُّ العُمرى، وَلا الرُّقْبى، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً، فَهُوَ لَهُ، [وَمَنْ أَرْقبَ شَيْئاً، فَهُوَ لَهُ].

وَالخَبرُ عَنْ جَابِرٍ رَواهُ ابْنُ جُريجٍ، عَنْ أَبي الزُّبيرِ، عَنْ جَابرٍ، وَقَدْ ذَكَرْناهُ فِي «التَّمْهيدِ».

وَهُوَ قَولُ طَاوسٍ، وَمُجاهدٍ، وَسُليمانَ بْنِ يَسارٍ، وَبِهِ كانَ يَقْضِي شُريحٌ، وَقَدْ ذَكَرْنا أَخْبارَ هَذا البَابِ، وَطُرقَها، وأَلْفاظَها، وَاخْتِلافَها فِي «التَّمْهِيدِ»، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً.

وَرَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ أَيُوبَ السَّختيانيِّ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، قَالَ: خَاصَمَ رَجُلٌ إِلى شُريحٍ فِي العُمْرى، فَقضى لَهُ، وَقالَ: لَسْتُ أَنَا قَضيْتُ لَكَ، وَلَكِنَّ مُحَمَّداً قِضى بَذِلَكَ مُنْذُ أَرْبَعِينَ سَنَةً: العُمرى مِيرَاثٌ عَنْ أَهْلِها، مَنْ مَلكَ شَيْئاً حَياتَهُ، فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ إِذَا مَاتَ.

فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنُ شِهابٍ فِي صَدْرِ هَذا البَابِ، فَقَدْ أَوْرَدْنا فِيهِ رِوَايَةَ مَالِكٍ لَهُ بِأَلْفَاظِهِ، ثُمَّ رِوَايَةَ مَعمرٍ لَهُ بِأَلْفَاظِهِ.

وَرواهُ ابْنُ أَبي ذِئْبٍ، وَالأَوْزَاعِيُّ، وَمُحمدُ ابْنُ أَخِي الزُّهريِّ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ عَلى خِلَافِ ذَلِكَ.

فَأَمَّا رِوَايَةُ ابْن أَبي ذِئْبٍ، فَذَكَرَها فِي مُوطَّئِهِ [عَنِ ابْنِ شِهابٍ] عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ جَابِرٍ، عَنِ النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضى فِيمَنْ أَعْمَرَ عُمرى لَهُ، وَلِعَقِبِهِ، فَهِيَ لَهُ قَبْلهُ، لَا يَجُوزُ لِلْمُعْطِي فِيها شَرْطٌ، وَلَا مَثُوبَةٌ.

قَالَ أَبُو سَلَمةَ: لأَنَّهُ أَعْطى عَطاءً وَقَعَتْ بِهِ المَوَارِيثُ، فَقَطعَتِ المَوَارِيثُ شَرْطَهُ.

قال أبو عمر: بَيَّنَ ابْنُ أَبي ذِئْبٍ مَوْضعَ المُسْنَدِ المَرْفُوعِ مِنْ هَذا الحَدِيثِ، فَجعلَ سَائِرَهُ مِنْ قَولِ أَبي سلَمةَ، فَجَوَّدَهُ.

وَذَلِكَ بِخِلافِ مَا قَالَ مُحمدُ بْنُ يَحْيى إِذْ جَعَلَهُ مِنْ قَولِ الزُّهريِّ.

وَرَواهُ اللَّيْثُ عَنِ ابْنِ شِهابٍ بِإِسْنادِهِ عَنِ النَّبيِّ ﷺ، قَالَ: «مَنْ أَعْمَرَ رَجُلاً عُمرى لَهُ، وَلِعَقبِهِ، فَقَدْ قَطَعَ قَولُهُ حَقَّهُ فِيها، وَهِيَ لِمَنْ أَعْمَرَها، وَلِعَقِبِهِ»[1].

وَرَواهُ الأَوْزَاعِيُّ، قَالَ: حدَّثَنِي الزُّهريُّ، قَالاَ: حَدَّثني أَبُو سَلَمَةَ، قَالَ: حدَّثني جَابِرٌ، عَنِ النبيِّ ﷺ قَالَ: «العُمرى لِمَنْ أَعْمَرَها، هِيَ لَهُ، وَلِعَقِبِهِ».

وَرِوايَةُ ابْنُ أَخِي الزُّهريِّ نَحْوُ ذَلِكَ.

وَمَعَانِي رُواةِ ابْنِ شِهابٍ كُلُّها مُتَقارِبَةٌ.

وَأَمَّا قَولُهُ فِي حَدِيثِ مَالِكٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ وَرِثَ حفْصةَ بِنْتَ عُمَرَ دَارَها، فَأَسْقَطَ حَرْفَ الجرِّ، وَهِيَ لُغَةٌ لِلْعَرَبِ.

قَالَ أَبُو الحَجْنَاء:

أَضْحَتْ جِيَادُ ابْنِ قَعْقاعٍ مُقَسَّمَةً ... فِي الأَقْرَبِينَ بِلَا مَنٍّ، وَلَا ثَمَنِ
وَرثتيهم، فتسلوا عَنْكَ إِذْ ورثُوا ... وَمَا وَرثتكَ غَيرَ الهَمِّ وَالحزَنِ

أرادَ: وَمَا ورثت مِنْكَ غيرَ الهمِّ وَالحزن.

وَقَالَتْ زَيْنَبُ الطثرِيةُ:

مضى وورثناه دريس مفاضة ... وأبيض هندياً طويلاً حمائله

٣٨ ـ باب القضاء في اللقطة[2]

١٤٤٩ ـ مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ يَزِيدَ، مَوْلَى الْمُنْبَعِثِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ؛ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنِ اللُّقَطَةِ؟ فَقَالَ: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا[3] وَوِكَاءَهَا[4]. ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً[5]، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلا

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

(٢) اللقطة: الشيء الذي يلتقط، وهي بضم اللام وفتح القاف.

١٤٤٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤٦، من كتاب الأقضية، باب ٣٨ (القضاء في اللقطة) وقد أخرجه البخاري في اللقطة، باب ٤ (إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها) حديث ٢٤٢٩، ومسلم في اللقطة، حديث ١، وأبو داود في اللقطة حديث ١٧٠٤، ١٧٠٦، ١٧٠٧، والترمذي في الأحكام حديث ١٣٧٢، ١٣٧٣، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٥٠٤، ٢٥٠٧، وأحمد في المسند ١١٦/٤، ١١٧، ١٩٣/٥.

(٣) عفاصها: أي وعاءها. الذي تكون فيه، من جلد أو خرقة أو غير ذلك، من العفص، وهو الثني والعطف، وبه سمي الجلد الذي يجعل على رأس القارورة، عفاصها، وكذلك غلافها.

(٤) وكاءها: الوكاء: الخيط الذي تشد به الصرة والكيس وغيرهما.

(٥) ثم عرّفها سنة: أي أذكرها للناس، لمدة سنة.

فَشَأْنَكَ بِهَا» قَالَ: فَضَالَّةُ الْغَنَمِ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «هِيَ لَكَ، أَوْ لأَخِيكَ، أَوْ لِلذِّئْبِ» قَالَ: فَضَالَّةُ الإِبِلِ؟ قَالَ: «مَا لَكَ وَلَهَا؟ مَعَهَا سِقَاؤُهَا[1] وَحِذَاؤُهَا[2]، تَرِدُ الْمَاءَ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ، حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا».

١٤٥٠ ـ مَالِكٌ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ مُوسَى، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَدْرٍ الْجُهَنِيِّ؛ أَنَّ أَبَاهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ نَزَلَ مَنْزِلَ قَوْمٍ بِطَرِيقِ الشَّامِ، فَوَجَدَ صُرَّةً فِيهَا ثَمَانُونَ دِينَاراً، فَذَكَرَهَا لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: عَرِّفْهَا عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ، وَاذْكُرْهَا لِكُلِّ مَنْ يَأْتِي مِنَ الشَّأْمِ، سَنَةً. فَإِذَا مَضَتِ السَّنَةُ، فَشَأْنَكَ بِهَا.

قال أبو عمر: رَوى هَذا الحَدِيثَ المُسْنَدَ فِي هَذا البَابِ جَماعَة عَنْ رَبِيعةَ، كَما رَواهُ مَالِكٌ.

وَرَواهُ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ الأنصاريُّ، عَنْ يَزِيدَ؛ مولى المُنْبعثِ.

كَما رَواهُ رَبيعةُ بِمَعْنى وَاحِدٍ إلا فِي شَيْءٍ نَذْكُرُهُ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

وَهُوَ حَدِيثٌ مُسْنَدٌ صَحِيحٌ فِيهِ مَعَانٍ أَجْمَعَ الفُقهاءُ عَلى القَولِ بِها، وَمَعانٍ اخْتَلَفُوا فِيها، فَما أَجْمَعُوا عَلَيهِ أَنَّ عِفاصَ اللُّقَطَةِ وَهِيَ الخِرْقَةُ المَرْبُوطُ فِيها الشَّيْءُ المُلْتَقَطُ.

وَأَصْلُ العِفَاصِ فِي اللُّغَةِ مَا سُدَّ بِهِ فَمُ القَارُورَةِ، وَكُلُّ مَا سدَّ بِهِ فَمُ إِنَاءٍ، فَهُوَ عِفاصٌ.

الوِكاءُ هُوَ الخَيْطُ الَّتِي تَرْبطُ بِهِ وهما جَمِيعاً مِنْ عَلامَاتِ اللُّقَطَةِ إِذَا جاء بِوَصْفِها صَاحِبُها، كانَ لَهُ عِنْدَ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ بِذَلِكَ أَخْذُها، وَجازَ لِلْمُلْتَقِطِ لَها دَفْعُها إِلَيهِ.

وَأجْمعُوا أَنَّ اللُّقَطَةَ مَا لَمْ تَكُنْ تَافِهَا يسيراً، أو شيئاً، لا بَقاءَ لَهُ، فَإِنَّها تُعَرَّفُ حَوْلاً كَامِلاف.

وَأَجْمَعُوا أَنَّ صَاحِبَها إِنْ جَاءَ، وَثَبتَ أَنَّهُ صَاحِبُها أَنَّهُ أَحَقُّ بِها مِنْ مُلْتَقِطِها، وَأَنَّهُ يضمنُ المُلْتَقِطُ قِيمَتَها إِنْ كَانَ أَكَلَها، أو اسْتَهْلَكَها قَبْلَ الحَولِ، أو بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ اسْتَهْلاكُ المُلْتَقِطِ لَها بَعْدَ الحَولِ، كَانَ صَاحِبُها مُخَيَّراً بَيْنَ أَنْ يضمنَ المُلْتَقِطُ قِيمَتَها، وَبَيْنَ أَنْ يسلمَ لَهُ فعلَهُ فينزلُ عَلى أَجْرِها.

---

(١) سقاؤها: جوفها، أي حيث وردت الماء شربت ما يكفيها حتى ترد ماءً آخر، وقيل: عنقها، فتشرب من غير ساق يسقيها، لطوله.

(٢) حذاؤها: أخفافها، فتقوى بها على السير وقطع البلاد البعيدة.

١٤٥٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤٧، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/١٩٣، وعبد الرزاق في المصنف ١٠/١٣٦.

هَذا كُلُّهُ لا خِلافَ بَيْنَ أَهْلِ العِلْمِ فِيهِ.

وَأَجْمَعُوا أَنَّ يَدَ المُلْتَقِطِ لَها لا تَنْطَلِقُ عَلى التَّصرُّفِ فِيها، بِوَجْهٍ مِنَ الوُجُوهِ قَبْلَ الحَولِ إنْ كَانَتْ مِمَّا يَبْقى مِثْلُها حولاً دُونَ فَسادٍ يَدْخُلُها.

وَأَجْمَعُوا أَنَّ لآخِذِ ضَالَّةِ الغَنَمِ فِي المَوْضِعِ المُخوفِ عَلَيها أَكْلَها.

واخْتَلَفُوا فِي سَائِرِ ذَلِكَ عَلى مَا نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهِ تَعالى:

فَمِنْها اخْتِلافِهم فِي الأفْضَلِ مِنْ أَخْذِ اللّقَطَةِ، أَو تَرْكِها:

فَروى ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ اللُّقَطَةِ يَجِدُها الرَّجُلُ، أَيَأْخُذُها؟ [فقال] أمَّا الشَّيْءُ الَّذِي لَهُ بَالٌ: فَإِنِّي أرى ذَلِكَ.

قَالَ: وَإنْ كَانَ لا يَقْوى عَلى تَعْرِيفِهِ، فَإِنَّهُ يَجِدُ مَنْ هُوَ أقْوى عَلى ذَلِكَ مِنْهُ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِ يَعْطِيهِ، فَيُعرِّفُهُ، فَإِنْ كَانَ شَيْءٌ لَهُ بَالٌ: فَأرى أنْ يَأْخُذَهُ.

وَرَوى يَحْيى بْنُ يَحيى، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ، عَنْ مَالِكٍ، أَنَّهُ كَرِهَ أَخْذَ اللُّقَطَةِ والآبِقِ جَمِيعاً، قَالَ: فَإِنْ أَخَذَ أَحَدٌ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ، فَأبقَ، أو ضَاعَتِ اللُّقَطَةُ مِنْ غَيرِ فِعْلِهِ، وَلَمْ يضيعْ لَمْ يضْمنْ.

وَقَولُ اللَّيْثِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ نَحو قَولِ مَالِكٍ.

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: سَمِعْتُ مَالِكاً، وَاللَّيْثَ يَقُولَانِ فِي ضَالَّةِ الإِبِلِ: مَنْ وَجَدَها فِي القُرى أَخَذَها، وَعَرَّفَها، وَمَنْ وَجَدها فِي الصَّحَارِي، فَلَا يَقْرَبْها.

قَالَ: وَقَالَ اللَّيْثُ: وَلَا أُحِبُّ لِضَالَّةِ الغَنَمِ أنْ يَقْرَبَها أحَدٌ إلا أنْ يَجُوزَها لِصَاحِبِها.

قال أبو عمر: لَيْستِ اللُّقَطَةُ كَالآبِقِ، وَلاَ كَالضَّالَّةِ؛ لأنَّ اللُّقَطَةَ لا مُؤْنَةَ فِيها، وَفِي حِفْظِها عَلى صَاحِبِها أجرٌ لاَ مُؤْنَةَ فِيهِ، وَلاَ مُؤذية، وليستْ ضَوَالُّ الحَيوانِ كَذَلِكَ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ المُؤْنَةِ، وَلَمْ يُكلِّفِ اللَّهُ عِبَادَهُ ذَلِكَ وَلاَ رَسُولُهُ ﷺ.

وَاخْتَلَفَ ابْنُ القَاسِمِ، وَأَشْهَبُ فِي الَّذِي يَأْخُذُ الضَّالَّةَ، ثُمَّ يَبْدُو لَهُ فَيردُّها إلى مَكانِها:

فَقالَ ابْنُ القاسم: إنْ تَباعَدَ ثُمَّ ردَّها ضَمنَ.

وَقالَ أشْهَبُ: لَا يضمنُ، وَإِنْ تَباعَدَ.

وَقالَ الشَّافعيُّ: يضمنُ عَلى كُلِّ حَالٍ إذَا رَدَّها بَعْدَ أَخْذِهِ لَها.

وَهُوَ قَولُ طَاوسٍ.

قال أبو عمر: قَدْ كَرِهَ قَومٌ أَخْذَ اللُّقَطَةِ، وَرَأَوْا تَرْكَها فِي مَوْضِعِها.

رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَبِهِ قَالَ جابِرُ بْنُ زَيْدٍ، وَعَطاءٌ، وَإِلَيهِ ذَهَبَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَل.

فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ، فَفِي هَذا البَابِ فِي «المُوَطَّإِ» رَوَاهُ.

١٤٥١ ـ مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ؛ أَنَّ رَجُلاً وَجَدَ لُقَطَةً، فَجَاءَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، فَقَالَ لَهُ: إِنِّي وَجَدْتُ لُقَطَةً، فَمَاذَا تَرَى فِيهَا؟ فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: عَرِّفْهَا، قَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، قَالَ: زِدْ، قَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: لا آمُرُكَ أَنْ تَأْكُلَهَا، وَلَو شِئْتَ، لَم تَأْخُذْهَا.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَرِهَ أَخْذَها.

وَرَأَى آخَرُونَ أَخْذَها، وَتَعْرِيفَها، وَكَرِهُوا تَرْكَها مِنْهُم سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ.

وَبِهِ قَالَ الحَسَنُ بْنُ حَيٍّ، وَالشَّافِعِيُّ فَقَالَ: لا أُحِبُّ لأَحَدٍ تَرْكَ لُقَطَةٍ وَجَدَها إِذَا كَانَ أَمِينا عَلَيها.

قَالَ: وَسَواءٌ قَلِيلُ اللُّقَطَةِ وَكَثِيرُها.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ: مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً، أو ضَالَّةً كَانَ الأَفْضَلَ لَهُ أَخْذها، وَتَعْرِيفها، وَأَلا يَكُونَ ذَلِكَ سَبَبا لِضَيَاعِها.

قال أبو عمر: قَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النبيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ ضَالَّةِ الغَنَمِ؟ فَقَالَ: «هِيَ لَكَ، أو لأَخِيكَ، أو لِلذِّئْبِ، فَرُدَّ على أَخِيكَ ضَالَّتَهُ».

وَقَدْ روى سُليمانُ بْنُ بلالٍ، عَنْ يَحيى بْنِ سَعِيدٍ، وَرَبِيعةُ، عَنْ يَزِيدَ مَولى المُنْبَعِثِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ خالدٍ الجهنيِّ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فِي هَذا الحَدِيثِ، قَالَ: وَسَأَلَهُ عَنِ الشَّاةِ، فَقالَ: «خُذْها، إِنَّما هِيَ لَكَ، أو لأَخِيكَ، أو لِلذِّئْبِ».

وَقَدْ ذَكَرْنا الإِسْنَادَ بِهَذَيْنِ الحَدِيثَيْنِ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَإِذا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَأْمُرُ بِأَخْذِ الشَّاةِ وَيَقُولُ: «خُذْها، وَرُدَّ على أَخِيكَ ضَالَّتَهُ».

وَمَعْلُومٌ أَنَّ اللُّقَطَةَ مِثْلُها؛ لأَنَّ الشَّأْنَ فِيهِما أَنَّهُ لا يَمْتَنِعُ شَيْءٌ مِنْهما عَلى مَنْ أَرادَهُ بِهَلاكٍ أو فَسادٍ.

١٤٥١ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤٨، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١٨٨، وعبد الرزاق في المصنف ١٠/ ١٣٧.

وَفِي أَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ بِتَعْرِيفِ الضَّالَّةِ الَّذِي سَأَلَهُ عَنْها، وَلَمْ يَقُلْ لَهُ: لِمَ أَخَذْتَها؟ وَأَمَرَهُ أيضاً ﷺ بِأخْذِ الشَّاةِ، وَلَمْ يَقُلْ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ كَما قَالَ فِي الإِبِلِ دَعْها حَتَّى يَأْتِيَ بِها دَلِيلٌ عَلى أنَّ الأَفْضَلَ أَخْذُها، وَتَعْرِيفُها؛ لأنَّ تَرْكَها عَونٌ على ضَيَاعِها.

وَمِنَ الحَقِّ أَنْ يَحْفَظَ المُسْلِمُ عَلى المُسْلِم مَالَهُ، وَيحوطَهُ بِما أمكنه.

وَمَنْ قَاسَ اللُّقَطَةَ عَلى الإِبِلِ، فَقالَ: لَا تُؤْخَذُ، لَمْ يُصِبِ القِيَاسَ.

وَقَد اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي اللُّقَطَةِ، وَالضَّالَّةِ.

فَكانَ أَبُو عُبيدٍ؛ القَاسِمُ بْنُ سلام يُفَرِّقُ بَيْنَ اللُّقَطَةِ وَالضَّالَّةِ، وَقالَ: الضَّالَّةُ لَا تَكُونُ إلا في الحَيَوانِ، وَاللُّقَطَةُ فِي غَيرِ الحَيَوانِ.

قَالَ أَبُو عُبيدٍ: إِنَّما الضَّوَالُّ مَا ضَلَّ بِنَفْسِهِ، وَكانَ يَقُول: لا يَنْبَغِي لأحَدٍ أنْ يَدَعَ اللُّقَطَةَ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الضَّالَّةِ.

وَيحتجُّ بِحَدِيثِ الجَارُودِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «ضَالَّةُ المُؤْمِنِ حرقُ النَّارِ»[1].

وَبِحَدِيثِ جريرٍ، عَنِ النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «لَا يَأْوِي الضَّالَّةِ إِلا ضَالٌّ»[2].

وَقالَ غَيْرُهُ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ: اللُّقَطَةُ وَالضَّالَّةُ سَوَاءٌ فِي المَعْنى، وَالحُكْمُ فِيهِما سَوَاءٌ.

وَمِمَّنْ ذَهَبَ إِلى هَذا أَبُو جَعْفَرٍ الطَّحَاوِيُّ وَأَنْكَرَ قَولَ أَبي عُبيدٍ الضَّالة مَا ضَلَّ بِنَفْسِهِ، وَقالَ: هَذا غَلَطٌ؛ لأنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنِ النبيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ الإِفْكِ قَولُهُ لِلْمُسْلِمِينَ: «إِنَّ أُمَّكُمْ ضَلَّتْ قلادتُها»، فَأَطْلَقَ ذَلِكَ عَلى القلادَةِ.

وَقالَ فِي قَولِهِ ﷺ: «ضَالَّةُ المُؤْمِنِ حرقُ النَّارِ»، إِنَّما قَالَ ذَلِكَ؛ لأنَّهُم أَرَادُوها لِلرُّكُوبِ والانْتِفَاعِ، لا لِلْحِفْظِ عَلى صَاحِبِها.

وَذَلِكَ بَيِّنٌ فِي رِوَايَةِ مطرف بْنِ الشِّخيرِ، عَنْ أَبِيهِ، فَذكرَهُ وَذَكَرَ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجهنيِّ، عَنْ النَّبيِّ ﷺ قالَ: «مَنْ آوى ضَالَّةً فَهُوَ ضَالٌّ مَا لَمْ يُعرِّفْها».

وَقَدْ ذَكَرْنا إِسْنادَ كُلِّ حَدِيثٍ مِنها فِي «التَّمْهِيدِ».

قال أبو عمر: فِي قَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ضَالَّة الغَنَم: «هِيَ لَكَ، أو لأخِيكَ، أو لِلذِّئبِ» وَفِي ضَالَّةِ الإِبِلِ مَالَكَ وَلَها مَعَها حِذَاؤُها، وَسِقَاؤُها.

---

(١) وروي الحديث بلفظ: ضالة المسلم حَرَقُ النار.
أخرجه الترمذي في الأشربة باب ١١، وابن ماجه في اللقطة باب ١، والدارمي في البيوع باب ٦١، وأحمد في المسند، ٤/ ٢٥، ٥/ ٨٠.

(٢) أخرجه أبو داود في اللقطة، حديث ١٧٢٠، وابن ماجه في اللقطة باب ١، وأحمد في المسند ٤/ ٣٦٠، ٣٦٢.

الحَدِيثُ دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلى أنَّ العِلَّةَ فِي ذَلِكَ خَوفُ التَّلَفِ، وَالذَّهابُ، لا جنس الوَاهِبِ، فَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا ضَلَّ بِنَفْسِهِ، وَمَا لَمْ يَضلّ بِنفْسِهِ، وَلا بَيْنَ الحَيَوانِ وَغَيرِهِ؛ لأنَّ المُرادَ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ حِفْظُهُ عَلى صَاحِبِهِ، وَخَوفُ ذِهَابِهِ عَنْهُ، وَإِنَّما خَصَّ الإِبِلَ؛ لأنَّها إِذَا تَرَكَها وَاجِدُها، وَلِمَ يَعْرِضْ لها وَجَدَها صاحبها سالمة عِنْدَ طَلَبِهِ لَها، وَبحثه عنها؛ لأنَّ الذِّئبَ لا يخافُ عَليها فِي الأَغْلَبِ مِنْ أَمْرِها، وَصَبْرِها عَنِ المَاءِ فَوقَ صَبْرِ غَيرِها مِنَ الحيوانِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا أَرَادَ ﷺ.

وَاخْتَلَفَ الفُقهاءُ فِي التَّافِهِ اليَسيرِ المُلْتَقَطِ، هَلْ يُعَرَّفُ حَوْلاً كَامِلاً أَمْ لا؟.

فَقالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ تَافِهاً يَسِيراً تَصدَّقَ بِهِ قَبْلَ الحَولِ.

وَقالَ فِي مِثْلِ المخلاةِ وَالحَبْلِ وَالدّلْوِ، وَأَشْباهِ ذَلِكَ إِنْ كَانَ فِي طَرِيقٍ وَضعَهُ فِي أَقْرَبِ الأَمَاكِنِ إِليهِ ليعرفَ، وَإِنْ كَانَ فِي مَدِينَةٍ انْتفعَ بِهِ، وَعرَّفَهُ، وَلو تَصدَّقَ بِهِ كَانَ أَحبَّ إِليَّ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ كَانَ عَليَّ حَقُّهُ.

وَقَدْ روى مَالِكٌ، وَابْنُ القاسِمِ أَنَّ اللُّقَطَةَ تُعرَّفُ سَنَةً، وَلَمْ يفرّقْ بَيْنَ قَلِيلِها وَكَثِيرِها.

وَروى عِيسى، عَنِ ابْنِ وَهبٍ أَنَّهُ قَالَ: مَا قَلَّ عَنْ ذَلِكَ عَرَّفْهُ أَيَّاماً، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهُ تَصدَّقَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ غَنِيّا، وَإِنْ كَانَ مُحْتاجاً أَكَلَهُ.

وَقالَ الشَّافعيُّ: يعرفْ القَلِيل والكثير مِنْ مَالِهِ بقاء حَولاً كَامِلاً، وَلَا تَنْطَلِقُ يَدُهُ عَلى شَيْءٍ مِنْهُ قَبْلَ الحَولِ بِصَدَقَةٍ، وَلَا غَيرِها.

فَإِذا عَرَّفَها حَوْلاً أَكلَهُ، أو تَصدَّقَ بِهِ، فَإِذا جَاءَهُ صَاحِبُهُ، كَانَ غَرِيماً فِي المَوتِ وَالحَياةِ.

قَالَ: وَإِنْ كَانَ طَعاماً لا يَبْقى، فَلَهُ أَنْ يَأْكُلَهُ، وَيغرمَهُ لِرَبِّهِ.

وَقالَ المزنيُّ: وَمِمَّا وجدَ بخطِّهِ أحبُّ إِليَّ أَنْ يَبِعَهُ، وَيقيمَ عَلى تَعْرِيفِهِ حَولاً، ثُمَّ يَأْكُلَهُ.

قَالَ المزنيُّ: هَذا أولى بِهِ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ لَمْ يَقُلْ لِلْمُلْتَقِطِ: فَشَأْنكَ بِها إِلا بَعْدَ السَّنَةِ، وَلَمْ يُفرِّقْ بَيْنَ القَلِيلِ والكَثِيرِ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ: مَا كانَ عَشرةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِداً عَرَّفَهُ حَولا كَامِلاً، وَمَا كَانَ دُونَ ذَلِكَ عَرَّفَهُ عَلى قَدْرِ مَا يرى.

وَقالَ الحَسَنُ بْنُ حَيّ كَقَولِهِم سَواءً، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: مَا كَانَ دُونَ عَشرةِ دَرَاهِمَ عَرَّفَهُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ.

وَقالَ الثَّوريُّ، [فِي الَّذِي يَجِدُ الدِّرْهَمَ يُعَرِّفُهُ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ.

رَوَاهُ عَنْهُ أَبُو نعيمٍ.

وَاتَّفَقَ الفُقهاءُ فِي الأَمْصارِ؛ مَالِكٌ] وَالثَّوريُّ، وَالأَوْزاعيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَاللَّيْثُ، والشَّافعيُّ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ، وَأَبُو عُبيدٍ، وَأَبُو ثَورٍ، وَدَاوُدُ أَنْ يُعَرِّفَ اللُّقَطَةَ سَنَةً كَامِلَةً؛ لَهُ بَعْدَ تَمام السَّنَةِ أَنْ يَأْكُلَها إِنْ كَانَ فَقِيراً، أَو يتصدَّق بِها، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها، وَشَاءَ أَنْ يضمنَهُ كَانَ ذَلِكَ لَهُ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ جَماعَةٍ مِنَ السَّلَفِ مِنْهُم عُمَرُ، وَابْنُ عُمَرَ، وَابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم كُلِّهم - قَالَ: إِنْ تَصَدَّقَ بِها، وَجَاءَ صَاحِبُها كَانَ مُخَيَّراً بَيْنَ الأَجْرِ يَنْزِلُ عَلَيهِم، أو الضَّمَانِ يضمنُ المُتَصدِّق بِها إِنْ شَاءَ.

وَاخْتَلَفُوا هَلْ لِلْغَنِيِّ أَنْ يَأْكُلَها، ويستنفقها بَعد الحَوْلِ أَمْ لَا؟

فَاسْتَحَبَّ مَالِكٌ لِلْغَنِيِّ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِها أو يَحْبسَها، وَإِنْ أَكَلَها، ثُمَّ جَاءَ صَاحِبُها ضَمِنَها.

قالَ ابْنُ وَهبٍ: قُلْتُ لِمَالِكٍ: مَا قَولُ عُمَرَ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها وَإِلا فشَأْنكَ بِها».

قَالَ: شَأْنُهُ يَصْنَعُ بِها مَا شَاءَ - إِنْ شَاءَ أَمْسَكَها، وَإِنْ شَاءَ تَصَدَّقَ بِها، وَإِنْ شَاءَ اسْتَنْفَقَها.

قَالَ: فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها أَدَّاهَا إِلَيهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَأْكُلُها الغَنِيُّ البَتَّةَ بَعْدَ الحَولِ، وَيتصدَّقُ بِها عَلى كُلِّ حَالٍ، إِلا أَنْ يَكُونَ ذَا حَاجَةٍ إِلَيْهَا، وَإِنَّما يَأْكُلُها الفَقِيرُ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها كَانَ مُخَيَّراً عَلى الفَقِيرِ الأَكْلُ وَعَلى الغَنِيِّ التَّصَدُّقُ.

وَمِمَّن رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ المُلْتَقِطَ يَتَصَدَّقُ بِها، وَلَا يَأْكُلُها: عَلِيٌّ، وَابْنُ عَبَّاسٍ - رضي الله عنهما - [وَسَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ]، وَالحَسَنُ، والشَّعبيُّ، وَعِكْرِمَةُ، وَطَاوسٌ، والثَّوريُّ، وَالحَسَنُ بْنُ حَيّ.

وَقالَ الأَوْزاعيُّ: إِنْ كَانَ مَالاً كَثِيراً جَعَلَها فِي بَيْتِ المَالِ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: يَأْكُلُ اللُّقَطَةَ الغَنِيُّ، وَالفَقِيرُ بَعْدَ الحَوْلِ.

وَهُوَ تَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ، وَعَلَيهِ يناطُ أَصْحابُهُ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِوَاجِدِهَا: شَأْنَكَ بِها بَعْدَ السَّنَةِ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الغَنِيِّ وَالفَقِيرِ، وَلَا سَأَلَهُ أَغَنِيٌّ أَنْتَ أَمْ فَقِيرٌ؟

وَفِي حَدِيثِ عياض بْنِ حمارٍ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها، فَهُوَ أَحَقُّ بِها، وَإِلا فَهُوَ مَالُ اللَّهُ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ»(١).

وَهَذا مَعْنَاهُ عِنْدَ الجَمِيع انْطِلاقُ يَدِ المُلْتَقِطِ عَلَيْهَا بَعْدَ الحَوْلِ بِما شَاءَ مِنَ الأكْلِ لَها وَاسْتِنْفَاقِها، أو الصَّدَقَةِ بِهَا، وَلَكِنَّهُ يضْمَنُها إِنْ جَاءَ صَاحِبُها بِإِجْمَاعِ المُسْلِمِينَ.

وَمِمَّنْ رُوِيَ عَنْهُ مِثْلُ قَولِ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ أَنَّ المُلْتَقِطَ مُخَيَّرٌ بَعْدَ الحَوْلِ فِي أَكْلِها، أو الصَّدَقَةِ بِها عُمَرُ، وَابْنُ عُمَرَ، وَابْنُ مَسْعُودٍ، وَعَائِشَةُ ـ رضي الله عنهم.

وَهُوَ قَولُ عَطاءٍ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحاقَ، وَلَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ غَنِيٍّ وَفَقِيرٍ.

وَاخْتَلَفُوا فِي دَفع اللُّقَطَةِ إِلى مَنْ جَاءَ بِالعَلامَةِ دُونَ بَيِّنَةٍ:

فَقَالَ مَالِكٌ: يسْتحقُّ بِالعَلامَةِ.

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: وَيُجْبَرُ عَلى دَفْعِها إِليهِ، فَإِنْ جَاءَ مُستحقٌّ، فَاسْتَحَقَّها بِبيِّنَةٍ، لَمْ يضْمنِ المُلَتقِطُ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ اللُّصُوصُ إِذَا وُجِدَ مَعَهُم أَمْتِعَةٌ فَجاءَ قَومٌ فَادَّعوها، وَلَيستْ لَهُم بَيِّنَةٌ، أَنَّ السُّلْطَانَ يتلومُ لَهُمْ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ غَيْرُهم دَفَعَها إِلَيْهِم، وَكَذَلِكَ الآبِقُ.

وَهُوَ قَولُ اللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ، وَالحَسَنِ بْنِ حَيٍّ فِي اللُّقَطَةِ أَنَّها تُدْفَعُ لِمَنْ جَاءَ بِالعَلامَةِ.

وَحُجَّةُ مَنْ قَالَ قَولُهُ ﷺ: «وَعَرِفَ عِفَاصَها وَوِكَاءَهَا، وَعدتَها، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها يعرفُها، فَادْفَعْها إِلَيهِ».

وَهَذَا نَصٌّ فِي مَوْضعِ الخِلافِ يُوجِبُ طَرْحَ مَا خَالَفَهُ.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، أَبُو عُبيدٍ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافعيُّ، وَأَصْحابُهما: لا يستْحقُّ إِلا بِبَيِّنةٍ، وَلا يُجْبَرُ المُلْتَقِطُ لَها أَنْ يَدْفَعَها إِلى مَنْ جَاءَ بِالعَلامَةِ، وَيَسعهُ أَنْ يدْفعَها إِليهِ فِيما بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ دُونَ قَضاءٍ.

وَذكرَ المزنيُّ، عَنِ الشَّافعيِّ قالَ: فَإِذَا عَرفَ صَاحِبُ اللُّقَطَةِ العفاصَ، والوكاءَ، والعدةَ، والوَزْنَ وَحلاهَا بحليتها، وَوقعَ فِي نَفْسِ المُلْتَقِطِ أَنَّهُ صَادِقٌ كَانَ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ إِيَّاها، وَلَا أُجْبِرُهُ؛ لأَنَّهُ قَدْ يُصِيبُ الصِّفَةَ بِأَنْ يَسمعَ المُلْتَقِطَ يَصِفُها.

---

(١) أخرجه أبو داود في اللقطة، حديث ١٧٠٩، وابن ماجه في اللقطة باب ١.

قَالَ: وَمَعْنى قَولِ النَّبيِّ ﷺ: «اعْرِفْ عفاصَها، وَوكاءَها مَعَها ـ [واللَّهُ أعْلمُ ـ لأنْ يُؤدِّي عفاصَها وَوِكاءَها مَعَها]، وَلْيَعْلَمْ إذا وَضعَها فِي مَالِهِ أنَّها لُقَطَةٌ.

وَقَدْ يَكُونُ اسْتدلَّ بِذَلِكَ عَلى صِدْقِ المُعرِّفِ، أرَأيْتَ لَو وَصَفَها عَشرةٌ أيُعْطَونَها كُلَّهم، وَنَحْنُ نَعْلَمُ أنَّ كُلَّهُم كَاذِبٌ إلا وَاحِدٌ بِغَيرِ عَيْنِهِ يمكنُ أنْ يَكُونَ صَادِقاً.

وَقَدْ قَالَ أبُو حَنِيفَةَ: إنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ دَنَانِيرَ، أو دَرَاهِمَ، فَسَمَّى طَالِبُها وَزْنَها وَعَدَدَها، وعفاصَها، وَوِكَاءَها دفَعَها إليهِ إنْ شاءَ، وَأخذَهُ بِها كَفِيلاً.

قال أبو عمر: ظَاهِرُ الحَدِيثِ أولى مِمَّا قَالَ هَؤُلاءِ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قَالَ لِلْمُلْتَقِطِ: «اعْرِفْ عِفاصَها، وَوِكَاءَها، فَإِنْ عَرَفَها صَاحِبُها فادْفَعْها إليهِ».

هَكَذا قَالَ حَمَّادُ بْنُ سلمَةَ [وَغَيْرُهُ] فِي الحَدِيثِ، وَقَدْ ذَكَرْناهُ فِي «التَّمهِيدِ».

وَاخْتَلَفُوا فِيمَنْ أخذَ لُقَطَةً وَلَمْ يَشْهَدْ عَلى نَفْسِهِ أنَّهُ الْتَقَطَها، وَأنَّها عِنْدَهُ؛ لِيعْرِّفَها، ثُمَّ هَلَكَتْ عِنْدَهُ، وَهُوَ لَمْ يَشْهَدْ.

فَقالَ مَالِكٌ، وَالشَّافعيُّ، وَأبُو يُوسُفَ، [وَمُحمدٌ]: لا ضَمانَ عَلَيهِ إذا هَلَكَتْ مِنْ غَيرِ تَضْيِيعٍ مِنْهُ، وَإنْ كَانَ لَمْ يَشْهَدْ.

وَهُوَ قَولُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ شبرمَةَ.

وَقَالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَزُفَرُ: إنْ أشْهَدَ حِينَ أخَذَها أنَّهُ يَأخُذُها لِيُعَرِّفَها لَمْ يَضْمَنْها إنْ هَلَكَتْ، وَإنْ لَمْ يشهدْ ضَمِنَها.

وَحُجَّتُهما حَدِيثُ مُطرفِ بْنِ الشِّخيرِ عَنْ عياضِ بْنِ حمارٍ قالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنِ الْتَقطَ لُقَطَةً، فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ، أو ذَوَيْ عَدْلٍ وَلْيُعَرِّفْ وَلا يَكْتُمْ، وَلَا يُغَيِّبْ، فَإنْ جاءَ صاحِبُها، فَهُوَ أحَقُّ بِها وَإلا فَهُوَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ».

رَوَاهُ شُعْبَةُ، عَنْ خَالِدِ الحذاءِ، قالَ: سَمِعْتُ يَزِيدَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الشِّخيرِ يُحَدِّثُ عَنْ أخِيهِ مُطرفٍ، عَنْ عِياضِ بْنِ حمارٍ عَنِ النبيِّ ﷺ.

قال أبو عمر: مِنْ حُجَّةِ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأبِي يُوسُفَ، وَمُحمدٍ إجْماعُ العُلماءِ بِأنَّ المَغْصُوبَاتِ لَو أشْهَدَ الغَاصِبُ عَلى نَفْسِهِ أنَّهُ غَصَبَها لَمْ يُدْخِلْها إشْهادُهُ ذَلِكَ فِي حُكْمِ الأمَانَاتِ، فَكَذَلِكَ تَرْكُ الإشْهَادِ عَلى الأمَانَاتِ، لاَ يُدْخِلُها فِي حُكْمِ المَضْمُونَاتِ.

وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي اللُّقَطَةِ: «إنْ جَاءَ صَاحِبُها، وَإلا فَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ» فِي حَدِيثِ سُليمانَ بْنِ بلالٍ وَغيرِهِ عَلى مَا ذَكَرْناهُ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَلا خِلَافَ أنَّ المُلْتَقِطَ أمِينٌ، لا ضَمانَ عَلَيهِ إلا بِما تُضْمَنُ بِهِ الأمَانَاتُ مِنَ التَّعَدِّي وَالتَّضْيِيعِ، وَالاسْتِهْلاكِ.

وَمَعْنى حَدِيثِ عِياضِ بْنِ حَمَّارٍ عِنْدِي ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ أَنَّ مُلْتَقِطَ اللُّقَطَةِ إِذَا لَمْ يُعَرِّفْهَا، وَلَمْ يَسْلُكْ بِها سُنَّتَها مِنَ الإِشَادَةِ، وَالإِعْلَانِ بِها، وَغيبَ وَكَتَمَ، ثُمَّ قَامَتْ عَلَيهِ البَيِّنَةُ أَنَّهُ وَجَدَ لُقَطَةً، وَأَنَّهُ أَخَذَها، وَضَمَّها إِلى بينه، ثُمَّ ادَّعى تَلَفَها، فَإِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ، ويضمنُ؛ لأنَّهُ بِفِعْلِهِ ذَلِكَ فِيها خَارِجٌ عَنِ الأَمَانةِ، فيضمنُ إلا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ بِتَلَفِها.

وَأَمَّا إِذا عَرَّفَها، وَأَعْلَنَ أَمْرَهَا، وَسَلَكَ فِيها سُنَّتَها مِنَ الإِشَادَةِ فِي الأَسْوَاقِ، وَأَبْوابِ الجَوامعِ، وَشِبْهِها، وَإِنْ لَمْ يشهدْ فَلا ضَمانَ عَلَيهِ، وَبِاللَّهِ التَّوفيقُ.

فَهَذا مَا فِي مَعْنى الحَدِيثِ فِي اللُّقَطَةِ.

وَأَمَّا حُكْمُ الضَّوالِّ مِنَ الحَيَوانِ، فَإِنَّ الفُقهاءَ اخْتَلَفُوا في ذَلِكَ مِنْ وُجُوهٍ:

فَقالَ مَالِكٌ فِي ضَالَّةِ الغَنَمِ: مَا قربَ مِنَ القُرى، فَلَا يَأْكُلْها، وَضمنَها إِلى أَقْربِ القُرى، لِتُعرفَ فِيها.

قَالَ: وَلَا يَأْكُلْها وَاجِدُها، وَلا مَنْ تُركَتْ عِنْدَهُ حَتَّى تَمُرَّ بِها سَنَةٌ كَامِلَةٌ، أو أَكْثَرُ.

كَذا قَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْهُ.

قَالَ: وَإِنْ كَانَ لِلشَّاةِ صَوفٌ، أو لَبَنٌ، وَوَجَدَ مَنْ يَشْتَرِي ذَلِكَ مِنْهُ بَاعَهُ، وَدَفَعَ ثَمَنَهُ لِصَاحِبِ الشَّاةِ إِنْ جَاءَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا أرى بَأْساً أَنْ يُصِيبَ مِنْ نَسْلِها وَلَبَنِها بِنَحْوِ قِيامِهِ عَلَيْهَا.

قَالَ: وَإِنْ كَانَ تَيساً، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَتْرُكَهُ يَنْزُو على غَنَمِهِ مَا لَمْ يفسدْهُ ذَلِكَ.

هَذا كُلُّهُ إِذا وجدَ بِقُرْبِ القُرى مِنَ الغَنَمِ.

وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْها فِي الفَلَوَاتِ، وَالمَهَامِهِ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُها، وَيَأْكُلُها، وَلَا يُعَرِّفُها، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها، فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ؛ لأَنَّ النَّبيَّ ﷺ قَالَ: «هِيَ لَكَ، أو لأَخِيكَ، أو لِلذِّئْبِ».

قالَ: وَالبَقَرُ بِمَنْزِلَةِ الغَنَمِ إِذَا خِيفَ عَلَيها، فَإِنْ لَمْ يخفْ عَلَيها السِّباعَ فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الإِبِلِ.

وَقالَ الأَوْزَاعِيُّ فِي الشَّاةِ إِنْ أَكَلَها وَاجِدُها ضَمِنَها لِصَاحِبِها.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: يَأْخُذُ الشَّاةَ بِالفَلاةِ، وَيُعرِّفُها، فَإِنْ لَمْ يَجِيءْ صَاحِبُها أَكَلَها، ثُمَّ ضَمِنَها إِنْ جَاءَ.

وَهُوَ قَولُ أَبي حَنِيفَةَ وَأَصْحابِهِ، وَسَائِرِ العُلَماءِ.

قال أبو عمر: اتَّفَقَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحابُهما، وَأَبُو ثَورٍ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ عَلَى أَنَّ المُلْتَقِطَ لِلشَّاةِ عَلَيهِ ضَمانُ مَا أَكَلَ مِنْ لَبَنِها وَثَمَنِ صُوفِها، وَقِيمَةِ نزواتِهِ على ضَأْنِهِ؛ لأَنَّهُ مُتطوِّعٌ بِقِيَامِهِ عَلَيها، لا يَسْتحقُّ عَلَيهِ شَيْءٌ.

وَقالَ الكُوفِيُّونَ: إلا أنْ يَرْفَعَها إلى السُّلْطانِ فَيعرضُ ذَلِكَ لَهُ.

وَقالَ أَبو جَعْفَرٍ الطَّحاوِيُّ: لَمْ يُوافِقْ مَالِكٌ أَحَداً مِنَ العُلماءِ عَلى قَولِهِ فِي الشَّاةِ إنْ أكَلَها وَاجِدُهَا، لَمْ يَضمَنْها وَاجِدُها فِي المَوْضعِ المخوفِ.

وَاحْتِجاجُهُ بِقَولِهِ ﷺ: «هِيَ لَكَ أو لأخِيكَ، أو للذِّئْبِ». لا مَعْنى لَهُ؛ لأنَّ قَولَهُ: فَهِيَ لَكَ لَيسَ عَلى مَعْنى التَّمْلِيكِ، كَما أَنَّهُ إذا قَالَ: «أو لِلذِّئْبِ» لَمْ يرِدْ بِهِ التَّمْلِيكَ؛ لأنَّ الذِّئْبَ لا يمْلكُ، وَإنَّما يَأْكُلُها عَلى مِلْكِ صَاحِبِها فينزلُ عَلى أجْرِ مُصِيبَتِها، فَكَذَلِكَ الوَاجِدُ إنْ أكَلَها عَلى مِلْكِ صَاحِبِها، فَإنْ جَاءَ ضَمِنَها لَهُ.

قال أبو عمر: قَولُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو [ابْنِ العَاصِ فِي الشَّاةِ]: «هِيَ لَكَ أو لأخِيكَ، أو لِلذِّئْبِ. فَرُدَّ عَلى أخِيكَ ضَالَّتَهُ»، دَلِيلٌ عَلى أَنَّ الشَّاةَ عَلى مِلْكِ صَاحِبِها، فَإنْ أكَلَها أحَدٌ ضَمِنَها.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: مَنِ اضْطرَّ إلى طَعامِ غَيْرِهِ، [فَأكَلَهُ]، فَإنَّهُ يضْمنُهُ، وَالشَّاةُ المُلْتَقَطَةُ أولى بِذَلِكَ.

وَقَدْ أجْمَعَ العُلَماءُ أنَّ صَاحِبَها إنْ جَاءَ قَبْلَ أنْ يَأْكُلَها الوَاجِدُ لَها أخَذَها مِنْهُ، وَكَذَلِكَ لَو ذَبَحَها أخَذَها مِنْهُ مَذْبُوحَةً، وَكَذَلِكَ لَو أكَلَ بَعْضَها أخَذَ مَا وَجَدَ مِنْها.

وَفِي إجْماعِهِمْ عَلى هَذا أوْضَحُ الدَّلائِلِ عَلى مِلْكِ صَاحِبِها لَها بِالفَلَوَاتِ، وَغَيْرِها.

وَلا فَرْقَ بَيْنَ قَولِهِ ﷺ فِي الشَّاةِ: «هِيَ لَكَ، أو لأخِيكَ، أو لِلذِّئْبِ»، وَبَيْنَ قَولِهِ فِي اللُّقَطَةِ لِوَاجِدِها: «إذا عَرَّفْتَها سَنَةً، وَلَمْ يَأْتِ صَاحِبُها، فَشَأْنكَ بِها»، بَلْ هَذا أشْبَهُ [بِالتَّمْلِيكِ]؛ لأنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ مَعَهُ فِي لَفْظِ التَّمْلِيكِ دَيْناً، وَلا غيره.

وَقَدْ أجْمَعَ عُلماءُ المُسْلِمِينَ فِي اللُّقَطَةِ أنَّ وَاجِدَها يغْرمُها إذا اسْتَهْلَكَها بَعْدَ الحَوْلِ إنْ جَاءَ صَاحِبُها طَالِباً لَها، فَالشَّاةُ أولى بِذَلِكَ قِياساً وَنَظراً.

وَقَدْ شَبَّهَ بَعْضُ المُتَأخِّرِينَ مِنْ أصْحَابِنا الشَّاةَ المَوْجُودَةَ بِالفَلاةِ بِالرِّكازِ، وَهَذِهِ غَفْلَةٌ شَدِيدَةٌ؛ لأنَّ الرِّكازَ لَمْ يصحَّ عَلَيهِ مِلْكٌ لأحَدٍ قبلَ وَاجِدِهِ.

وَالشَّاةُ مِلْكُ رَبِّها لَها صَحِيحٌ مُجْتَمَعٌ عَلَيهِ، فَلا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْها إلا بِإجْماعِ مِثْلِهِ، أو سُنَّةٍ، لا إشْكالَ فِيها، وَهَذا مَعْدُومٌ فِي هَذِهِ المَسْألَةِ، فَوَجَبَ الضَّمانُ فِيها.

وَقَدْ قَالَ سَحْنُونُ [فِي المسْتخرجةِ]: إنْ أكَلَ الشَّاةِ وَاجِدُها [بِالفَلاةِ]، أو تَصدَّقَ بِها، ثُمَّ جَاءَ صَاحِبُها ضَمِنَها لَهُ.

وَهَذا هُوَ الصَّحِيحُ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٣٩ ـ باب القضاء في استهلاك [العبد] اللقطة

هَذا البَابُ ـ أغنى التَّرْجَمة ـ لَيْسَ عِنْدَ أحَدٍ فِي «المُوَطَّأ» فِيمَا عَلِمْتُ عَنْ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى، وَأمَّا الخَبَرُ فِيهِ، فَهُوَ فِي آخرِ بَابِ القَضاءِ فِي اللُّقَطَةِ، لَا فِي بَابٍ مُفْرَدٍ، وَكانَ صَوَابُهُ أنْ يَكُونَ لَو كَانَ بابَ القَضاءِ فِي اسْتِهْلَاكِ العَبْدِ اللُّقَطَةَ.

١٤٥٢ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأمْرُ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ يَجِدُ اللُّقَطَةَ فَيَسْتَهْلِكُهَا، قَبْلَ أنْ تَبْلُغَ الأجَلَ الَّذِي أُجِّلَ فِي اللَّقَطَةِ، وذَلِكَ سَنَةٌ: أنَّهَا فِي رَقَبَتِهِ؛ إمَّا أنْ يُعْطِيَ سَيِّدهُ ثَمَنَ مَا اسْتَهْلَكَ غُلامُهُ، وَإمَّا أنْ يُسَلِّمَ إلَيْهِمْ غُلامَهُ، وَإنْ أمْسَكَهَا حَتَّى يَأْتِيَ الأجَلُ الَّذِي أُجِّلَ فِي اللَّقَطَةِ، ثُمَّ اسْتَهْلَكَهَا، كانَتْ دَيْناً عَلَيْهِ. يُتْبَعُ بِهِ، وَلَمْ تَكُنْ فِي رَقَبَتِهِ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهِ فِيهَا شَيْءٌ.

قال أبو عمر: كَانَ الشَّافِعِيُّ وَغَيْرُهُ يُخَالِفُ، قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي كِتابِ اللَّقَطَةِ: وَإذا الْتَقطَ العَبْدُ اللَّقَطَةَ، فَعَلمَ السَّيِّدُ بِها، فَأقَرَّها فِي يَدِهِ، فَالسَّيِّدُ ضَامِنٌ لَها فِي مَالِهِ مِنْ رَقَبَتِهِ وَغَيْرِها إنِ اسْتَهْلَكَ العَبْدُ.

قالَ المزنيُّ: وَمِمَّا وجدَ بِخطِّهِ لا أعْلَمُهُ سُمِعَ مِنْهُ: لا يَكُونُ عَلى العَبْدِ غُرْمٌ حَتَّى يعْتَقَ، مِنْ قِبَلِ أنَّ لَهُ أخْذَها.

قَالَ المزنيُّ: الأوَّلُ أقْيَسُ إذَا كَانَتْ فِي الذِّمَّةِ، وَالعَبْدُ عِنْدِي لَيْسَ لَهُ ذِمَّةٌ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: فَإنْ لَمْ يَعْلَمْ بِها السَّيِّدُ، فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ إنِ اسْتَهْلَكَها قَبْلَ السَّنَةِ، وَبَعْدَها دُونَ مَالِ السَّيِّدِ؛ لأنَّ أخْذَهُ اللُّقَطَةِ عدْوَانٌ، إنَّما يَأْخُذُ اللُّقَطَةَ مَنْ لَهُ ذِمَّةٌ.

قَالَ المزنيُّ: هَذا أشْبَهُ، قَالَ: وَلا يَخْلُو السَّيِّدُ إذا عَلمَ بِها، وَأقَرَّها فِي يَدِهِ أنْ يَكُونَ ذَلِكَ تَعَدِّياً، فَكَيْفَ لَا يضْمنُ مَا يتعدَّى فِيهِ فِي جَمِيعِ مَالِهِ، أو لا يَكُونُ تَعَدِّياً، فَلَا يَعْدُو رَقَبةَ عَبْدِهِ.

وَأمَّا أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحَابُهُ، فَمَذْهَبُهم أنَّ كُلَّ مَالٍ اسْتَهلَكَهُ العَبْدُ بِيعَ فِيهِ، إلَّا أنْ يَفْدِيَهُ مَوْلاهُ.

٤٠ ـ باب القضاء في الضوال

١٤٥٣ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ؛ أنَّ ثَابِتَ بْنَ

١٤٥٢ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ٣٩ (القضاء في استهلاك العبد اللقطة) من كتاب الأقضية.

١٤٥٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤٩، من كتاب الأقضية، باب ٤٠ (القضاء في الضوال).

الضَّحَّاكِ الأَنْصَارِيَّ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ وَجَدَ بَعِيراً بِالْحَرَّةِ، فَعَقَلَهُ[١]، ثُمَّ ذَكَرَهُ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يُعَرِّفَهُ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ، فَقَالَ لَهُ ثَابِتٌ: إِنَّهُ قَدْ شَغَلَنِي عَنْ ضَيْعَتِي، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ.

١٤٥٤ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ، وَهُوَ مُسْنِدٌ ظَهْرَهُ، إِلَى الْكَعْبَةِ: مَنْ أَخَذَ ضَالَّةً فَهُوَ ضَالٌّ.

١٤٥٥ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ: كَانَتْ ضَوَالُّ الإِبِلِ فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إِبِلاً مُؤَبَّلَةً[٢]، تَنَاتَجُ[٣]، لاَ يَمَسُّهَا أَحَدٌ، حَتَّى إِذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا. ثُمَّ تُبَاعُ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا، أُعْطِيَ ثَمَنَهَا.

قال أبو عمر: رَوى هَذا الخَبَرَ سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ معمرٍ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، قَالَ: كَانَتْ ضَوَالُّ الإِبِلِ في زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ تَنَاتَجُ هملاً لا يُعْرَفُ لَهَا أَحَدٌ، فَلَمَّا كَانَ عُثْمانُ وَضَعَ عَلَيها مِيْسَمَ الصَّدَقَةِ.

وَهُوَ فِي «المُوَطَّأ» لِمَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شهابٍ لَمْ يَتَجَاوَزْ بِهِ ابْنَ شِهابٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ سَعِيدَ بْنَ المُسَيَّبِ، وَسِيَاقَةُ مَالِكٍ لَهُ عَنِ ابْنِ شِهابٍ أَتَمُّ مَعْنًى، وَأَحْسَنُ لَفْظاً.

قال أبو عمر: فِي «المُدَوَّنة» عَنْ مَالِكٍ، وَابْنِ القاسِمِ، وَأَشْهَبَ: إذا كَانَ الإِمامُ عَدْلاً أُخِذَتِ الإِبِلُ، وَدُفِعَتْ إِلَيهِ لِيُعَرِّفَها، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها، وَإِلا رَدَّها إِلى المَكانِ الَّذِي وَجَدَها فِيهِ.

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: هَذا رَأْيٌ عَلى مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ فِي ذَلِكَ.

وَقالَ أَشْهَبُ: إِنْ لَمْ يَأْتِ رَبُّها بَاعَها، وَأَمْسَكَ ثَمَنَها؛ عَلى مَا جَاءَ عَنْ عُثْمانَ.

قَالُوا: وَإِنْ كَانَ الأَمامُ غَيْرَ عَدْلٍ لَمْ تُؤْخَذْ ضَالَّةُ الإِبِلِ، وَتُرِكَتْ فِي مَكَانِها.

وَأَمَّا ضَالَّةُ البَقَرِ، فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: إِنْ كَانَتْ بِمَوْضِعٍ يَخافُ عَلَيها، فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الشَّاةِ، وَإِنْ كَانَ لا يَخافُ عَلَيها، فَهِيَ بَمَنْزِلَةِ البَعِيرِ.

---

(١) عَقَلَه: شدّه بالعقال، وهو الحبل.

١٤٥٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥٠، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه عن زيد بن خالد الجهني عن رسول الله ﷺ، مسلم في اللقطة، باب ١ (في لقطة الحاج) حديث ١٢، وأبو داود في اللقطة حديث ١٧٢٩، وابن ماجه في اللقطة حديث ٢٥٠٣.

١٤٥٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥١، من الكتاب والباب السابقين.

(٢) إبلاً مؤبّلة: هي في الأصل المجعولة للقنية، أي المقتناة في عدم تعرض أحد إليها.

(٣) تناتج: أي تتناتج بعضها بعضاً، كالمقتناة.

وَرَوى ابْنُ وَهبٍ، عَنْ مَالِكٍ مِثْلَ ذَلِكَ.

وَقالَ أَشْهَبُ: إِنْ كانَ لَها مِنْ أَنْفُسِهَا مَنَعَةٌ فِي المَرْعى كَالإِبِلِ، فَهِيَ كَالإِبِلِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فهي كَالغَنَمِ.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: لَيسَ البَقَرُ، وَالإِبِلُ كَالغَنَم؛ لأنَّ الغَنَمَ لَا تَدْفَعُ عَنْ نَفْسِها، وَالإِبِلُ وَالبَقَرُ تَدْفَعُ عَنْ أنفُسِها، وَتَرِدَانِ المِيَاهَ، وَإِنْ تَبَاعَدَتْ، وَتَعِيشانِ فِي المَرْعى، وَالمَشرَبِ بِلا رَاعٍ، فَلَيْسَ لأحَدٍ أَنْ يعرضَ لِوَاحِدَةٍ مِنْها.

قَالَ: وَالخَيْلُ، والبِغَالُ، وَالحَمِيرُ كَالبَعِيرِ؛ لأنَّ كُلَّها قَوِيٌّ مُمتنعٌ مِنْ صِغارِ السِّباعِ بَعِيدُ الأثرِ فِي الأرْضِ كالظَّبْي، والأرْنبِ، وَالطَّيرِ المنعتةِ بالاحْتِيَالِ والسّرعةِ.

وَقالَ فِي مَوْضعٍ آخَرَ: جَاءَ النَّصُّ فِي الإِبِلِ، والبَقَرِ قِيَاساً عَلَيها.

قال أبو عمر: ذَهَبَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ فِي ضَوَالِّ الإِبِلِ إلى قَولِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ أَنَّ البَعِيرَ لاَ يُؤْخَذُ، وَيُتْرَكُ حَيْثُ وُجِدَ.

وَبِهِ قَالَ الأَوْزَاعِيُّ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ.

وَأَمَّا الكُوفِيُّونَ، فَلَمْ يَقُولُوا بِما رُوِيَ [عَنْ عُمَرَ] فِي الضَّوَالِّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، [وَأَصْحَابُهُ]: سَواءٌ كَانَتِ اللُّقَطَةُ بَعِيراً، أو شَاةً، أو بَقَرةً، أو حِماراً، أو بَغلاً، أو فَرساً يَأْخُذُ ذَلِكَ الوَاجِدُ لَهُ، وَيُعَرِّفُهُ، وَيُنْفِقُ عَلَيهِ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ، فَاسْتَحقَّهُ، كَانَ مُتبرِّعاً بِما أَنْفَقَ، إلا أَنْ يَكُونَ أَنْفَقَ بِأَمْرِ القَاضِي، فَيَكُونُ مَا أَنْفَقَ عَلى الضَّالَّةِ دَيْناً فِي رَقَبَتِها، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها، دَفَعَ ذَلِكَ إِليهِ، [وَإِلا بِيعَتْ لَهُ]، وَأَخَذَ نَفَقَتَهُ مِنْ ثَمَنِها، فَإِنْ رَأى القَاضِي قَبْلَ مَجِيءِ صَاحِبِها الأَمْرَ بِبَيْعِها؛ لِمَا رَآهُ فِي ذَلِكَ مِنَ الصَّلاحِ لِصَاحِبِها أَمَرَ بِبَيْعِها، وَيحفظُ ثَمَنَها عَلى صَاحِبِها، وَإِنْ كَانَ غُلاماً أَجرَهُ القَاضِي وَأَنْفَقَ عَلَيهِ مِنْ أُجرتِهِ، وَأَنَّ ذَلِكَ فِي الدَّابَّةِ أيضاً فعلهُ.

قَالُوا: وَمَنْ وَجَدَ بعيراً ضالاً، فَالأفْضَلُ لَهُ أَخْذُهُ، وَتَعْرِيفُهُ، وَألا يَتْرُكَهُ، فَيكُونَ سَبَباً لِضَيَاعِهِ وَقَدْ ذَكَرنا حُجَّتَهُم فِي ذَلِكَ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

٤١ ـ باب صدقة الحي عن الميت

١٤٥٦ ـ مَالِكٌ عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ شُرَحْبِيلَ بْنِ سَعِيدِ بْنِ سَعْدِ بْنِ عُبادَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ؛ أَنَّهُ قَالَ: خَرجَ سَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَعْضِ

١٤٥٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥٢، من كتاب الأقضية، باب ٤١ (صدقة الحي عن الميت)، وقد أخرجه النسائي في الوصايا حديث ٣٦٤٨.

مَغَازِيهِ؛ فَحَضَرَتْ أُمَّهُ الْوَفَاةُ بِالْمَدِينَةِ؛ فَقِيلَ لَهَا: أَوْصِي. فَقَالَتْ فِيمَ أُوصِي؟ إِنَّما الْمَالُ مَالُ سَعْدٍ؛ فتوفِّيَتْ قَبْلَ أَنْ يَقْدَمَ سَعْدٌ، فَلَمَّا قَدِمَ سَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ ذُكِرَ ذَلِكَ لَهُ. فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! هَلْ يَنْفَعُهَا أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ» فَقَالَ سَعْدٌ: حَائِطُ[1] كَذَا وَكَذَا صَدَقَةٌ عَنْهَا لِحَائِطٍ سَمَّاهُ.

هَكَذَا قَالَ يَحْيَى، عَنْ مَالِكٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَمْرو، وَتَابَعَهُ أَكْثَرُ الرُّوَاةِ مِنْهُم ابْنُ القَاسِمِ، وَابْنُ وَهْبٍ، وَابْنُ بكيرٍ، وَأَبُو المُصعبِ، وَقالَ فِيهِ القعنبيُّ سَعْدُ بْنُ عَمْرٍو، وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ البَرْقي سَعْدُ بْنُ عَمْرِو بْنِ شُرَحْبيلَ كَما قَالَ القعنبيُّ؛ لأن سَعِيدَ بْنَ سَعْدِ بْنِ عُبادَةَ لَهُ صُحْبَةٌ، قَدْ رَوى عَنْهُ أَبُو أُمامَةَ بْنُ سَهْلِ بْنِ حنيفٍ وَغَيْرُهُ.

١٤٥٧ ـ مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ؛ أَنَّ رَجُلاً قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ أُمِّي افْتُلِتَتْ نَفْسُهَا[2]. وَأُرَاهَا لَوْ تَكَلَّمَتْ تَصَدَّقَتْ، أَفَأَتَصَدَّقُ عَنْهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ».

[**قال أبو عمر**: أَظُنُّ هَذا الرَّجُلَ سَعْدَ بْنَ عُبادَةَ.

وَرَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ [عَمْرٍو] عَنْ عكْرِمَةَ أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبادَةَ أتى النَّبيَّ ﷺ، فَقالَ: يَا رَسُول اللَّهِ! إِنَّ أُمِّي مَاتَتْ، وَلَمْ تُوصِ أَفَأَتَصدَّقُ عَنها، قَالَ: نَعَمْ.

[قَالَ سُفْيَانُ: قَالَ عَمْرٌو: وَأَخْبَرَنِي ابْنُ المُنكدرِ أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبادَةَ، قالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! إِنَّ أُمَّ سَعْدٍ مَاتَتْ، وَلَمْ تُوصِ، أَفَيَنْفَعُها أَنْ أَتَصدَّقَ عَنْها؟ قَالَ «نَعَمْ»].

قَالَ: فَإِنَّها تَرَكَتْ مخرفاً أشهدكَ أَنِّي قَدْ تَصَدَّقْتُ بِهِ عَنْها].

قَالَ سُفْيَانُ: ثُمَّ أَتَيْتُ ابْنَ المُنكدرِ، فَحَدَّثَنِي بِهِ.

وَالأَحَادِيثُ فِي قِصَّةِ أُمِّ سَعْدِ بْنِ عُبادَةَ هَذِهِ مُتَوَاتِرَةٌ مُسْنَدَةٌ، وَمُرْسَلَةٌ، وَقَدْ ذَكَرْنا كَثِيراً مِنْها فِي «التَّمْهِيدِ».

وَالعُلَماءُ كُلُّهم مُجمِعُونَ عَلى أَنَّ صَدَقَةَ الحَيِّ عَنِ المَيِّتِ جَائِزَةٌ مُسْتَحَبَّةٌ، وَهَذا الحَدِيثُ، وَمَا كانَ مِثْلَهُ مُتَلَقَّى عِنْدَهُم بِالقبُولِ وَالعَمَلِ.

١٤٥٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥٣، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البخاري في الوصايا، باب ١٩ (لما يستحب لمن يتوفى فجأة أن يتصدقوا عنه) حديث ٢٧٦٠، ومسلم في الزكاة، باب ١٥ (وصول ثواب الصدقة عن الميت إليه) حديث ٥١، والوصية، باب ٢ (وصول ثواب الصدقات إلى الميت) حديث ١٢، ١٣، وأبو داود في الوصايا حديث ٢٨٨١، والنسائي في الوصايا حديث ٣٦٤٧، وابن ماجه في الوصايا حديث ٢٧١٧.

(١) الحائط: هو البستان.

(٢) افتلتت نفسها: أي أُخذت فلتة، أي بغته.

وَأَمَّا حَدِيثُ هِشامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أبيهِ، عَنْ عَائِشَةَ فَمُسْنَدٌ صَحِيحٌ مَعْمولٌ بِهِ، وَهُوَ فِي مَعْنى الحَدِيثِ الأوَّلِ.

وَذَلِكَ كُلُّهُ يَدُلُّكَ عَلى أنَّ الصَّدَقَةَ عَلى المَوْتى بِالمَالِ خِلافُ أعْمَالِ الأبْدَانِ عِنْدَهُم؛ لأنَّهُم لَا يَجُوزُ أنْ تُقضى صَلاةٌ عَنْ أحَدٍ عِنْدَ الجَمِيعِ، وَكَذَلِكَ الصِّيَامُ عِنْدَ الجُمْهُورِ وَالأكْثَرِ.

وَأمَّا قَولُهُ فِي حَدِيثِ هِشامٍ: «أفْتُلِتَتْ نَفسُها»، فَمَعْنَاهُ اخْتُلِسَتْ مِنْهَا نَفْسُها، وَمَاتَتْ، فَجْأَةً.

قال الشاعر:

مَنْ يَأْمن الأيَّامَ بَعْدَ صبيرةِ القرشيِّ مَاتا ... سَبَقَتْ مَنِيَّتُهُ المَشيبَ، وَكَانَتْ مَنيتُهُ افْتِلاتَا

قَالَ أبُو بَكْرِ بْنُ شَاذانَ: سَأَلْتُ أبا زَيْدٍ النحويَّ، عَنْ قَولِ عُمَرَ: «كَانَتْ بَيْعَةُ أبي بَكْرٍ فلتةً»، وقى اللَّهُ شَرَّها، فَقَالَ: أرادَ كَانَتْ فَجْأةً، وأنشد قول الشاعر:

وَكَانَتْ مَنِيَّتُهُ افْتِلاتَا

قَالَ: وَتَقُولُ العَرَبُ إذَا رَأتِ الهِلالَ بِغَيْرِ قَصْدٍ إلى ذَلِكَ: رَأيْتُ الهِلَالَ فلتةً.

قَالَ خَالِدُ بْنُ يَزِيدَ أبُو مُصعبٍ؛ فَإن تَفْتَلِتْها فالخلافَةُ تَنَفَّلَتْ بأكرم علقي منبرٍ وسرير.

١٤٥٨ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أنَّ رَجُلاً مِنَ الأنْصَارِ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ، تَصَدَّقَ عَلَى أبَوَيْهِ بَصَدَقَةٍ، فَهَلَكَا، فَوَرِثَ ابْنُهُمَا الْمَالَ، وَهُوَ نَخْلٌ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «قَدْ أُجِرْتَ فِي صَدَقَتِكَ. وَخُذْهَا بِمِيرَاثِكَ».

قال أبو عمر: روِي هَذا الحَدِيثُ مِنْ وُجُوهٍ عَنِ النبيِّ ﷺ بِمَعْنى وَاحِدٍ، أحْسَنُها حَدِيثُ بريدةَ الأسلميِّ.

أَخْبَرَنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ [أخبَرَنا مُحَمَّدُ] بْنُ بكرٍ حَدَّثَني أبُو دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثني أحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يُونُسَ، قَالَ: حَدَّثَني زُهيرٌ، قَالَ: حَدَّثني عَبْدُ اللَّهِ [بْنُ عَطَاءٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ] بْنِ بريدةَ، عَنْ أبِيهِ، أنَّ امرَأةً أتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَتْ: كُنْتُ تَصَدَّقْتُ عَلى أُمِّي بِوَلِيدَةٍ، وَأنَّها مَاتَتْ، وَتَرَكَتْ تِلْكَ الوَلِيدَةَ، قَالَ: «وَجَبَ أجْرُكَ، وَرَجَعَتْ إلَيكَ بِالمِيرَاثِ»[1].

١٤٥٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥٤، من الكتاب والباب السابقين.

(١) أخرجه أبو داود في الزكاة باب ٣١، والوصايا باب ١٢، والأيمان باب ٢٤، وأحمد في المسند ٥/ ٣٤٩، ٣٥١، ٣٥٩، ٣٦١.

وَقَدْ رُوِيَ هَذا الحَدِيثُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدِ بْنِ عَبْدِ رَبِّهِ الأنْصاريِّ الحارثيِّ الخزرجيِّ، ـ وَهُوَ الَّذِي أُرِي الأذانَ فِي المَنامِ ـ عَنِ النبيِّ ﷺ مِنْ وَجْهٍ فِيهِ لِينٌ، وَلَكِنَّهُ يُحْتَمَلُ.

وَجُمْهُورُ العُلماءِ عَلى القَولِ بِهَذا الحَدِيثِ، وَلَمْ يَخْتَلِفْ أئِمَّةُ الفَتْوى بِالحِجازِ، وَالعِرَاقِ، مِنْهُم مَالِكٌ، والشَّافِعِيُّ، وَأبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحَابُهم فِي العَمَلِ بِهِ.

وَكانَ الحَسَنُ بْنُ حَيّ يَسْتَحِبُ لِمَنْ تَصَدَّقَ بَصَدَقةٍ، ثُمَّ رَجَعَتْ إلَيهِ بِالمِيرَاثِ أنْ يَتَصَدَّقَ بِها.

وَشَذَّتْ فِرْقَةٌ مِنْ أهْلِ الظَّاهِرِ لَمْ تَعْرِفِ الحَدِيثَ، ، فَكَرِهَتْ لَهُ أخْذَها بِالمِيرَاثِ، وَرَأَتْهُ مِنْ بَابِ الرُّجُوعِ فِي الصَّدَقَةِ.

وَقَدْ مَضى قَولُنا فِي الرُّجُوعِ فِي الصَّدَقَةِ فِي مَوَاضعَ مِنْ هَذَا الكِتَابِ:

منها حَدِيثُ عُمَرَ فِي الفرسِ، وَمِنْها حَدِيثُ عَائِشَةَ فِي قِصَّةِ لَحْمِ بَرِيرةَ، فَأغْنى ذَلكَ عَنْ إعَادَتِهِ هُنا.

وَروينا عَنْ مَسْرُوقٍ أنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ بالصدقةِ، ثُمَّ يَرُدُّها إليهِ بِالمِيرَاثِ، فَقالَ: مَا رَدَّ عَليكَ القُرآنُ، فَكُلْ.

قال أبو عمر: لا مَعْنى لِقَولِ مَنْ كَرِهَ رُجُوعَ الصَّدَقَةِ إلى المُتَصَدِّقِ بِها بِالمِيرَاثِ؛ لأنَّهُ مُخالِفٌ لِظَاهِرِ القُرآنِ فِي عُمُومِ آياتِ المَوَارِيثِ، وَمُخَالِفٌ الأثَرَ، وَجُمْهُورَ العُلماءِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقَ.

٣٧

كتاب الوصية

١ ـ باب الأمر بالوصية

١٤٥٩ ـ مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّه بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا حَقُّ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ، لَهُ شَيءٌ يُوصَى فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إلا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ».

قال أبو عمر: هَكَذا قَالَ مَالِكٌ فِي هَذا الحَدِيثِ: لَهُ شَيْءٌ يُوصى فِيهِ، وَقالَ بَعْضُهم فِيهِ عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ: «لا يَنْبَغِي لأحَدٍ عِنْدَهُ مَالٌ يُوصى فِيهِ، تَأْتِي عَلَيْهِ لَيْلَتَانِ إلا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ».

وَقالَ فِيهِ الزُّهريُّ، عَنْ سَالِمٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ: «لا يَنْبَغِي لأحَدٍ يَبِيتُ ثَلاثاً، إلا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ».

وَقَدْ ذَكَرْنا اخْتلافَ أَلْفاظِ النَّاقِلِينَ لِهَذا الحَدِيثِ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَفِي هَذا الحَدِيثِ الحضُّ عَلى الوَصِيَّةِ، والتَّأْكِيدُ فِي ذَلِكَ.

وَأَجْمَعَ الجُمْهُورُ عَلى أَنَّ الوَصِيَّةَ غَيْرُ وَاجِبَةٍ عَلى أحَدٍ إلا أنْ يَكُونَ عَلَيهِ دَيْنٌ، أو يَكُونَ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ، أو أَمَانَةٌ، فَيُوصِي بِذَلِكَ.

وَشَذَّ أَهْلُ الظَّاهِرِ، فَأَوْجَبُوا الوَصِيَّةَ فَرْضاً إذا تَرَكَ الرَّجُلُ مَالاً كَثِيراً، وَلَم يُوقِّتُوا فِي وُجُوبِها شَيْئاً، وَالفَرَائِضُ لا تَكُونُ إلا مُؤَقَّتَةً مَعْلُومَةً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

وَقَدِ اسْتَدَلَّ بَعْضُ العُلماءِ عَلى أَنَّ الوَصِيَّةَ غَيْرُ وَاجِبَةٍ بِقولِهِ عَزَّ وجلَّ فِي آيةِ

١٤٥٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ١، من كتاب الوصية، باب ١ (الأمر بالوصية)، وقد أخرجه البخاري في الوصايا، باب ١ (الوصايا، وقول النبي ﷺ وصية الرجل مكتوبة عنده) حديث ٢٧٣٨، ومسلم في الوصية، حديث ١ و ٢ و ٣، وأبو داود في الوصايا حديث ٢٨٦٢ والترمذي في الجنائز حديث ٩٧٤، والوصايا حديث ٢١١٨، والنسائي في الوصايا حديث ٣٦١٣، ٣٦١٤، ٣٦١٥، ٣٦١٦، وابن ماجه في الوصايا حديث ٢٦٩٩، والدارمي في الوصايا حديث ٣١٧٥، وأحمد في المسند ٢/ ٤، ١٠، ٣٤، ٥٧، ٨٠، ١١٣.

الوَصِيةِ ﴿بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، وَالمَعْرُوفُ: التَطَوُّعُ بِالإِحْسَانِ، قَالُوا: وَالوَاجِبُ يَسْتَوِي فِيهِ المُتَّقُونَ وَغَيْرُهُم مِنْ أَهْلِ الدِّينِ.

وَاسْتَدَلَّ غَيْرُهُ بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يُوصِ وهَذا لا يحتج لَهُ؛ لأَنَّ مَا تَخلفه ﷺ مِنْ شَيْءٍ تصدَّقَ بِهِ، وَلَمْ يَتْرُكْ شَيْئاً.

ـ قَالَتْ عَائِشَةُ ـ رضي الله عنها ـ: «مَا تَرَكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دِيناراً، وَلا دِرْهَماً، وَلا شَاةً، وَلا بَعِيراً، وَلا أوصى بِشَيْءٍ»[1].

وَقالَ ﷺ: «إِنَّا لا نُورثُ مَا تَرَكْنا فَهُو صَدَقَةٌ»[2].

فَأَيُّ وَصِيَّةٍ أَعْظَمُ مِنْ هَذِهِ أَنْ تَكُونَ تَركَتُهُ كُلُّها صَدَقَةً، لا مِيراثَ فِيها، وَإِنَّما نَدبَ إِلى الوَصِيَّةِ مِنْ أُمَّتِهِ مَن تَرَكَ مَالاً يُورثُ عَنْهُ.

قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ﴾ [البقرة: ١٨٠].

وَأَجْمَعُوا أَنَّ الخَيْرَ المَالُ فِي قَولِهِ عزَّ وجلَّ فِي آيَةِ الوَصِيَّةِ ﴿إِن تَرَكَ خَيۡرًا﴾.

وَكَذَلِكَ قَولُهُ فِي الإِنْسانِ: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلۡخَيۡرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: ٨]، [الخَيْرُ عِنْدَهُم هُنا المَالُ].

[كَذَلِكَ قَوْلُهُ عَزَّ وجلَّ حَاكِياً عَنْ سُليمانَ عَليهِ السَّلامُ: ﴿إِنِّيٓ أَحۡبَبۡتُ حُبَّ ٱلۡخَيۡرِ﴾ [ص: ٣٢].

وَكَذَلِكَ قَولُهُ حَاكِياً عَنْ شعيبٍ عَلَيهِ السَّلامُ: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰكُم بِخَيۡرٍ﴾ [هود: ٨٤]، قَالُوا: الغَنى.

وَقَدْ جَاءَ فِي مَوَاضِعَ مِنَ القُرآنِ ذِكْرُ الخَيرِ بِمَعْنى المَالِ، وَالغنى، وَمَنْ لَمْ يَتْرُكْ دِيناراً وَلا دِرْهَماً، وَلا شَاةً، وَلا بَعِيراً، [فَلَمْ يَتْرُكْ خَيْراً]، وَلا مَالاً يُوصَى فِيهِ.

---

(١) أخرجه البخاري في الوصايا باب ١، والمغازي باب ٨٣، ومسلم في الوصية حديث ١٨، وابن ماجه في الوصايا باب ١، والنسائي في الأحباس باب ١، والوصايا باب ٢، وأحمد في المسند ١/ ٣٠٠، ٦/ ٤٤، ١٣٧، ١٨٥، ١٨٧.

(٢) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في الخمس باب ١، وفضائل أصحاب النبي ﷺ باب ١٢، والمغازي باب ١٤، ٣٨، والنفقات باب ٣، والفرائض باب ٣، والاعتصام باب ٥، ومسلم في الجهاد حديث ٤٩، ٥٠، ٥١، ٥٢، ٥٤، ٥٦، وأبو داود في الإمارة باب ١٩، والترمذي في السير باب ٤٤، والنسائي في الفيء باب ٩، ١٦، ومالك في الكلام حديث ٢٧، وأحمد في المسند ١/ ٤، ٦، ٩، ١٠، ٢٥، ٤٧، ٤٨، ٤٩، ٦٠، ١٦٢، ١٦٤، ١٧٩، ١٩١، ٢٠٨، ٢/ ٤٦٣، ٦/ ١٤٥، ٢٦٢.

حَدَّثَنِي عَبْدُ الوَارِث بْنُ سُفيانَ، قالَ: حَدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصْبغ، قالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ عَبْدِ السَّلام، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ المُثَنَّى، قَالَ: حدَّثني أبُو مُعَاوِيَةَ، قالَ: حدَّثَني الأعْمَشُ، عَنْ شقيقِ أبي وَائِلٍ، عَنْ مَسْرُوقٍ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: «مَا تَرَكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دِينَاراً، وَلا دِرْهَماً، وَلا شَاةً، وَلا بَعِيراً، وَلا أوصى بِشَيْءٍ»[١].

وَقالَ ابْنُ المُبارَكِ، عَنْ مَالِكِ بْنِ مِغْولٍ، عَنْ طَلْحَةَ بْنِ مُصرِّفٍ، قَالَ: قُلْتُ لابْنِ أبي أوفى: أوصى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِشَيْءٍ؟ قالَ: لا، قَالَ، قُلْتُ: فَكَيْفَ أَمَرَ النَّاسَ بِالوَصِيَّةِ؟ قَالَ: أوصي بِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ[٢].

وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَاخْتَلَفَ السَّلَفُ فِي مِقْدارِ المَالِ الَّذِي تُسْتَحَبُّ فِيهِ الوَصِيَّةُ، أو تَجِبُ عِنْدَ مَنْ أوْجَبَها.

فَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي الله عنه ـ أنَّهُ قَالَ: ستمائةِ دِرْهَمٍ أو سَبْعُمائةِ دِرْهَمٍ لَيْسَتْ بِمَالٍ فِيهِ وَصِيَّةٌ[٣].

وَرُوِيَ عَنْهُ أنَّهُ قَالَ: أَلْفُ دِرْهَمٍ مَالٌ فِيهِ وَصِيَّةٌ، وَهَذا يحْتملُ لِمَنْ شَاءَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي الله عنه ـ أنَّهُ قَالَ: مَنْ تَرَكَ مَالاً يَسِيراً، فَلْيَدَعْهُ لِوَرَثَتِهِ، فَهُوَ أفْضَلُ.

وَهَذا ـ وَاللَّهُ أعْلَمُ ـ أَخَذَهُ مِنْ قَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «لأنْ تَدعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِياءَ خَيْرٌ مِنْ أنْ تَدَعَهُم عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»[٤].

وَقالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: لا وَصِيَّةَ فِي ثَمَانمائة دِرْهَمٍ.

---

(١) تقدم الحديث قبل قليل مع تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في فضائل القرآن باب ١٨، والمغازي باب ٨٣، ومسلم في الوصية حديث ١٧، والترمذي في الوصايا باب ٤، والنسائي في الوصايا باب ٢، وابن ماجه في الوصايا باب ١، والدارمي في الوصايا باب ٣، وأحمد في المسند ٤/ ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٨١.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٩/ ٦٢.

(٤) يأتي الحديث بتمامة في الباب ٣.
وأخرجه البخاري في الجنائز باب ٣٦، والوصايا باب ٢، ومناقب الأنصار باب ٤٩، والمغازي باب ٦٤، والنفقات باب ١، والمرضى باب ١٦، والدعوات باب ٤٣، والفرائض باب ٦، ومسلم في الوصية حديث ٥، ٨، وأبو داود في الوصايا باب ٢، والترمذي في الوصايا باب ١، والنسائي في الوصايا باب ٣، وابن ماجه في الوصايا باب ٥، والدارمي في الوصايا باب ٧، ومالك في الوصايا حديث ٤، وأحمد في المسند ١/ ١٦٨، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٦، ١٧٩.

وَقَالَتْ عَائِشَةُ فِي امْرَأَةٍ لَها أَرْبَعٌ مِنَ الوَلَدِ، وَلَها ثَلاثَةُ آلافِ دِرْهَمٍ: لا وَصِيَّةَ فِي مَالِها[١].

وَقالَ إِبْرَاهِيمُ النخعيُّ: الخَيْرُ ـ يَعْنِي فِي آيَةِ الوَصِيَّةِ ـ أَلْفُ دِرْهَم إلى خَمْسِمَائةٍ.

وَعَنْ عَائِشَةَ أَنَّها قَالَتْ: مَنْ تركَ ثَمَانمائة دِرْهَم لَمْ يَتْرُكْ خيراً، فَلا يُوصِ.

وَقالَ قَتادَةُ فِي قَولِهِ عزَّ وجلَّ: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة: ١٨٠]، وَقالَ: الخَيْرُ أَلْفٌ فَما فَوْقَهَا.

وَاتَّفَقَ فُقَهاءُ الأَمْصَارِ عَلى أَنَّ الوَصِيَّةَ مَنْدُوبٌ إِلَيها، مَرْغُوبٌ فِيها، وَأَنَّها جَائِزَةٌ لِمَنْ أوصى فِي كُلِّ مَالٍ، قَلَّ أو كَثُرَ، مَا لَمْ يَتَجاوَزِ الثُّلُثَ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذا: مَالِكٌ وَالثَّوْرِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، والأَوْزَاعِيُّ، وَالحَسَنُ بْنُ حَيٍّ، والشَّافعيُّ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ السَّلَفِ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ آيَةَ الوَصِيَّةِ نَسَخَتْها آيَةُ المَوارِيثِ.

قَالَ ذَلِكَ: مَالِكٌ، وَجَماعَةٌ مِنَ العُلماءِ قَبْلَهُ، وَبَعْدَهُ.

حدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني أَبُو دَاوُدَ، قَالَ: حدَّثني أَحْمَدُ بْنُ مُحمدٍ المَرْوَزِيُّ، قالَ: حَدَّثَني عَلِيُّ بْنُ حُسينِ بْنِ وَاقِدٍ، عَنْ أَبيهِ، عَنْ يَزِيدَ النحويِّ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ كَانَتِ الوَصِيَّةُ كَذَلِكَ حَتَّى نَسَخَتْهَا آيَةُ المَوارِيثِ[٢].

وَقَدْ بَيَّنَ ذَلِكَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَلْحةَ فِي رِوَايَتِه، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَإِنْ كَانَتْ مُرْسَلَةً فَمَعْنَاهَا صَحِيحٌ فِي البَيَانِ، لا اخْتِلافَ فِيهِ [إِذْ كانَ لا يرثُ مع الوالدين غيرهم إلا وصيَّةً إنْ كان للأقربين]، ثُمَّ أَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] قَالَ: فبَيَّنَ اللَّهُ عَزَّ وَجلَّ مِيرَاثَ الأَبوَيْنِ، وَأَمَرَ بِوَصِيَّةِ الأَقْرَبِينَ فِي ثُلثِ مَالِ المَيِّتِ.

قال أبو عمر: هَكَذَا قَالَ «والأَقْرَبُونَ الَّذِينَ تَجُوزُ لَهُم الوَصِيَّة لَيسُوا بِوارِثِينَ» وَهذا إِجْماعٌ مِنْ عُلماءِ المُسْلِمِينَ أَنَّهُ لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ، وَأَنَّ المَنْسُوخَ مِنْ آيَةِ الوَصِيَّةِ الوَالِدَانِ عَلى كُلِّ حَالٍ إِذا كَانَا عَلى دِينِ وَلَدِهِما؛ لأَنَّهُما حِينَئِذٍ ـ وارِثانِ لا يُحجبانِ،

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٩/ ٦٣.

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق باب ٤٢، والوصايا باب ٥، والنسائي في الطلاق باب ٦٩، والدارمي في الوصايا باب ٢٨.

وَكَذَلِكَ كُلُّ وَارِثٍ مِنَ الأَقْرَبِينَ؛ لِقَولِهِ ﷺ: «لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[١].

وَلَو كَانَ الوَارِثُ تَجِبُ لَهُ الوَصِيَّةُ لانتَقَضَتْ قِسْمَةُ اللَّهِ لَهُم فِيما وَرثهم وَصارَ لَهُمْ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطاهُم.

فَمِنْ هُنا قَالَ العُلماءُ: إِنَّ آيَةَ المَوَارِيثِ نَسَخَتِ الوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ الوَارِثِينَ ببيان رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

وَهَذا قَولُ كُلِّ مَنْ لا يُجِيزُ نَسْخَ القُرآنِ بِالسُّنَّةِ. وَقَدْ قَالَ: لا يُنْسَخُ القُرآنُ إِلا بِالقُرآنِ.

وَهُوَ قَولُ الشَّافعيِّ، وَأَصْحابِهِ، وَأَكْثَرِ المَالِكِيِّينَ، وَدَاودَ، وَسَمَّوا السُّنَّةَ بَياناً، لا نَسْخاً.

وَأَمَّا الكُوفِيُّونَ الَّذِينَ يُجِيزُونَ نَسْخَ القُرآنِ بِالسُّنَّةِ، وَقَالُوا: كُلٌّ مِنْ عِنْدَ اللَّهِ، فَإِنَّهم قَالُوا: نَسخَ الوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ الوَارِثِينَ مِنَ الوَصِيَّةِ قَولُهُ ﷺ: «لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ».

حدَّثني سَعِيدُ بْنُ نصرٍ، وَعَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيانَ، قَالا: أَخْبَرنا قَاسِمُ بْنُ أَصْبغ. قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ وَضَّاحٍ، قالَ: حدَّثني أبُو بَكْرِ بْنُ أَبي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثني إِسْماعِيلُ بْنُ عياشٍ، عَنْ شُرَحْبِيلَ بْنِ مُسْلِم سَمِعَهُ يَقُولُ: سَمِعْتُ أَبا أُمامَةَ البَاهِلِيَّ يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ فِي خُطْبَتِهِ: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[٢].

وَقَدْ ذَكَرْنَا الحَدِيثَ مِنْ طُرقٍ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ عياشٍ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَحَدَّثني مُحمدُ بْنُ عَبْدِ الملكِ، قَالَ: حدَّثني ابنُ الأَعْرابيِّ، قالَ: حدَّثني الحَسَنُ بْنُ مُحمدِ بْنِ الصباح الزعفرانيُّ، قَالَ: حدَّثني يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، قالَ: أَخْبَرنا سَعِيدُ بْنُ أَبي عرُوبةَ، عَن قَتَادَةَ، عَنْ شَهرِ بْنِ حوشبٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ غنمٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ خَارِجَةَ، أَنَّ النَّبيَّ ﷺ خَطَبَهُم، وَهُوَ عَلى رَاحِلَتِهِ، فَقالَ: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ قَسمَ لِكُلِّ وَارِثٍ نَصِيبَهُ مِنَ المِيرَاثِ، فَلا تَجُوزُ وَصِيَّةٌ لِوَارِثٍ»[٣].

---

(١) أخرجه البخاري في الوصايا باب ٦، وأبو داود في الوصايا باب ٦، والبيوع باب ٨٨، والترمذي في الوصايا باب ٥، والنسائي في الوصايا باب ٥، وابن ماجه في الوصايا باب ٦، والدارمي في الوصايا باب ٢٨، وأحمد في المسند ٤/١٨٦، ١٨٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٥/٢٦٧.

(٢) تقدم الحديث مع تخريجه، انظر الحاشية السابقة.

(٣) انظر الحاشية ما قبل السابقة.

قال أبو عمر: أجْمَعَ العُلماءُ على القَولِ بِأنْ لا وَصِيَّةَ لِوارِثٍ، وَعَلى العَمَلِ بِذَلِكَ قَطعاً مِنْهُم على صِحَّةِ هَذا الحَديثِ، وَتَلقيا مِنهُم لَهُ بالقَبولِ، فَسقَطَ الكَلامُ فِي إسْنادِهِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي الوَصِيَّةِ للأَقْرَبينَ غيرِ الوَارِثينَ، هَلْ هِيَ وَاجِبَةٌ لَهُمْ أمْ لا؟.

فَقالَ الأكْثَرُ مِنَ العُلماءِ: لَيسَتْ بِواجِبَةٍ لَهُمْ؛ لأنَّ أصْلَها النَّدْبُ كَما وَصَفْنا.

وَقالُوا: الوَصِيَّةُ لِلأَقْرَبينَ إذَا كَانُوا مُحْتاجِينَ أفْضَلُ.

وَقالَ دَاوُدُ، وَأهْلُ الظَّاهِرِ: الوَصِيَّةُ لِلأَقْرَبينَ غيرُ الوَارِثِينَ وَاجِبَةٌ؛ لأنَّها لَمْ تنسخ، وَإنَّما انْتُسِخَ الوَارِثُونَ، والآيَةُ عِنْدَهُم عَلى الإيجابِ كَما قَدَّمْنا عَنْهُمْ.

وَاخْتَلفُوا فِيمَنْ أوصى لِغَيْرِ قَرَابَتِهِ، وَتَرَكَ قَرابَتَهُ الَّذِينَ لا يَرِثُونَ:

فَقالَ طَاوسٌ: تُرَدُّ وَصِيَّتُهُ عَلى قَرابَتِهِ.

وَرُوِيَ عَنِ الحَسَنِ مِثْلُهُ.

وَقالَ الضَّحَّاكُ: مَنْ أوصى لِغَيرِ قَرَابَتِهِ، فَقَدْ خَتَمَ عَمَلَهُ بِمَعْصِيَةٍ.

وَقالَ سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ، وَجابِرُ بْنُ زَيْدٍ ـ أبُو الشَّعْثاءِ ـ: مَنْ أوصى لِغَيرِ قَرابَتِهِ بِثُلُثِهِ رُدَّ إلى قَرَابَتِهِ مِنْ ذَلِكَ ثُلُثا الثُّلثِ، وَيَمْضِي لِمَنْ أوصَى لَهُ ثُلُثَ الثُّلثِ.

وَرُوِيَ مِثْلُ هَذا عَنِ الحَسَنِ أيضاً.

وَقَدْ ذَكَرْنا الأسَانِيدَ عَنْهُم فِي «التَّمْهِيدِ».

وَبِهِ قَالَ إسْحاقُ بْنُ رَاهويه.

وَقالَ مَالِكٌ، وَالشَّافعيُّ، وَأبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحابُهم، والثَّوريُّ، وَالأوْزاعيُّ، وَأحْمَدُ بْنُ حَنْبلٍ: مَنْ أوصى لِغَيرِ قَرابَتِهِ، وَتَركَ قَرَابَتَهُ مُحْتاجِينَ، فَبِئْسَ مَا صَنَعَ، وَفِعْلُهُ مَعَ ذَلِكَ مَاضٍ جَائِزٌ لِكُلِّ مَنْ أوصى لَهُ مِنْ غَنِيٍّ وَفَقِيرٍ، قَرِيبٍ وَبَعِيدٍ، مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ.

وَهُوَ مَعْنى مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ، وَعَائِشَةَ.

وَهُوَ قَولُ ابْنِ عُمَرَ، وَابْنِ عَبَّاسٍ.

وَهُوَ قَولُ عَطاءٍ، وَمُجاهِدٍ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبيرٍ، وَقتادَةَ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ أنَّهُ أوصى لأُمَّهاتِ أوْلادِهِ.

وَعَنْ عَائِشَةَ أنَّها أوصَتْ لِمَوْلاتِها.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ أنَّهُ سُئِلَ عَمَّنْ أوصى لِغَيْرِ قَرابَتِهِ بِثلثِهِ؟ فَقالَ: يَمْضِي، وَلَو أوصى أنْ يُلْقِيَ ثُلثُهُ فِي البَحْرِ.

[قَالَ ابْنُ سِيرِينَ: أمَّا فِي البَحْرِ]، فَلا، وَلَكِنْ يَمْضِي كَما قَالَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ الشَّعْبِيِّ أنَّهُ قَالَ لِلرَّجُلِ ثُلثهُ يطْرحهُ فِي البَحْرِ إنْ شَاءَ.

وَرُوِيَ عَنِ النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ تَصدَّقَ عَلَيكُم بِثُلثِ أَمْوالِكُمْ عِنْدَ وَفاتِكُمْ زِيادَةً فِي أَعْمالِكُمْ»[١].

وَقَدْ ذَكَرْنا الإِسْنادَ فِي هَذا وَعَنْ كُلِّ مَنْ ذَكَرْنا فِي «التَّمْهِيدِ».

وَاحْتَجَّ الشَّافِعِي ـ رحمهُ اللَّهُ ـ عَلى مَنْ لَمْ يُجز الوَصيَّةَ لِغَيرِ القَرابَةِ بِحَدِيثِ عِمْرانَ بْنِ حصينٍ فِي الَّذِي أَعْتقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ فِي مَرَضِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ، لا مَالَ لَهُ غَيرهُم، فَأَقْرعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُم، فأَعْتقَ اثْنَيْنِ، وَأَرقَّ أَرْبَعَةً[٢].

فَهَذِهِ وَصِيَّةٌ لَهُمْ فِي ثُلثِهِ؛ لأَنَّ أَفْعَالَ المَرِيضِ كُلَّها وَصِيَّةٌ في ثُلُثِهِ فَقَدْ أَجازَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الوَصِيَّةَ بِعِتْقهِم، وَهُمْ ـ لا مَحالَةَ ـ مِنْ غَيرِ قَرَابَتِهِ.

قال أبو عمر: هَذا كُلُّهُ فِيمَنْ أوصى لِغَيرِ وَارِثٍ، وَأَمَّا مَنْ أوصى لِوَارِثٍ، فَلا تَجُوزُ وَصِيَّتُهُ بِإِجْماعٍ، وَإِنْ أوصى لِغَيرِ وَارِثٍ، وَهُوَ يُرِيدُ بِهِ الوَارِثَ، فَقَدْ حَافَ وَجَارَ، وَأَتى الجَنَفَ وَالجَنَفُ فِي اللُّغَةِ الميلُ، وَهُوَ فِي الشَّرِيعَةِ: الإِثْمُ وَالميلُ عَنِ الحَقِّ.

رَوى الثَّوريُّ، ومَعمرٌ، عَنِ ابْنِ طَاوسٍ، عَنْ أَبِيهِ قَالَ: الجنفُ: أَنْ يُوصِيَ لابْنِ ابْنَتِهِ، وَهُوَ يُرِيدُ ابْنَتَهُ.

حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ بَكْرٍ، قَالَ حَدَّثَنِي أَبُو دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبدةُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ الصَّمَدِ بْنُ عَبْدِ الوَارِثِ، قَالَ: حدَّثَني نَصرُ بْنُ عَلِيٍّ الحُدَّاني، قَالَ: حدَّثَني الأَشْعَثُ بْنُ جَابِرٍ الحُدَّانِي قَالَ: حَدَّثَنِي شهرُ بْنُ حوشبٍ أَنَّ أَبا هُرَيْرَةَ حَدَّثَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّ الرَّجُلَ لَيَعْمَلُ وَالمَرْأة بِطَاعَةِ اللَّهِ سِتِّينَ، أَو سَبْعِينَ سَنَةً، ثُمَّ يَحْضرهُما المَوْتُ، فَيُضَارَّانِ فِي الوَصِيَّةِ، فَتَجِبُ لَهُما النَّارُ»، وَقَرَأَ أَبُو هُرَيْرَةَ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ﴾ [النساء: ١٢][٣].

وَأَخْبَرنا مُحمدُ بْنُ خَلِيفَةَ، قَالَ: حدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ الحُسَيْنِ، قَالَ: حَدَّثَنِي إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُوسى، قَالَ: حَدَّثَنِي يُوسُفُ بْنُ مُوسى، قَالَ: حدَّثني أَبُو مُعاوِيةَ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ أَبي هِنْدٍ، عَنْ عكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قالَ: الإِضْرَارُ فِي الوَصِيَّةِ مِنَ الكَبَائِرِ.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الوصايا باب ٥، وأحمد في المسند ٦/ ٤٤١.

(٢) أخرجه مسلم في الأيمان حديث ٥٦، وأبو داود في العتاق باب ١٠، والنسائي في الجنائز باب ٦٥، وابن ماجه في الأحكام باب ٢٠، وأحمد في المسند ٤/ ٤٢٦، ٤٣١، ٤٣٨، ٤٤٠، ٥/ ٣٤١.

(٣) أخرجه أبو داود في الوصايا باب ٣، حديث ٢٨٦٧، والترمذي في الوصايا باب ٢.

ثُمَّ قَرَأَ: ﴿غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ [النساء: ١٢] إلى قولِهِ: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ﴾ [النساء: ١٣] وإلى قولِهِ: ﴿وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ﴾ [النساء: ١٤].

وَاتَّفَقَ الجُمْهُورُ مِنْ فُقهاءِ الأمْصارِ عَلى أنَّ الوَصِيَّةَ لِلْوارِثِ مَوْقُوفَةٌ على إجَازَةِ الوَرَثَةِ، فَإنْ أجَازَها الورثة بعد الموت جَازَتْ، وَإنْ رَدُّوهَا فَهِيَ مَرْدُودَةٌ.

وَلَهُمْ فِي إجَازَتِها إذَا أجَازَها الوَرَثَةُ قَوْلانِ:

أحَدُهما: أنَّ إجَازَتَهُمْ لَها تَنْفِيذٌ مِنْهُم لما أوْصى بِهِ المَيِّتُ، وَحُكْمُها حُكْمُ وَصِيَّةِ المَيِّتِ.

وَالأخرى: أنَّها لا تَكُونُ وَصِيَّةً أبداً، وَإنَّما هِيَ مِنْ قِبَلِ الوَرَثَةِ عَطِيَّةٌ وَهِبَةٌ لِلْمُوصى لَهُ عَلى حُكْمِ العَطَايَا وَالهِبَاتِ عِنْدَهُم.

وَقَدِ اخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ عَلى هَذَيْنِ القَوْلَيْنِ أيضاً.

وَحُجَّةُ مَنْ قَالَ: الوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ جَائِزَةٌ إذَا أَجَازَها الوَرَثَةُ مَا حدَّثنا مُحمدُ بْنُ خَلِيفةَ، قَالَ: حَدَّثني مُحمدُ بْنُ الحَسَنِ، قالَ: حَدَّثني إبْرَاهِيمُ بْنُ الهَيْثَمِ النَّاقِدُ، قالَ: حدَّثني أبُو معمرٍ القطيعيُّ، قَالَ: حدَّثَنِي حَجَّاجٌ، عَنِ ابْنِ جُرِيجٍ، عَنْ عَطاءٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ، إلا أنْ يجِيزَها الوَرَثَةُ»(١).

وَهَذا الحَدِيثُ لا يَصِحُّ عِنْدَهُم مُسْنَداً، وَإنَّما هُوَ مِنْ قَولِ ابْنِ عَبَّاسٍ، كَذَلِكَ رِوَايَةُ الثِّقَاتِ لَهُ عَنِ ابْنِ جُرِيجٍ، وَإنَّما رَفَعَهُ أبُو مَعمرٍ القطيعيُّ، وَلا يَصِحُّ رَفْعُهُ.

وَقالَ المزنيُّ، وَدَاوُدُ بْنُ عليٍّ، وجَماعَةُ أهْلِ الظَّاهِرِ: لا تَجُوزُ الوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ [أجَازَهَا الوَرَثَةُ أوْ لا؛ لأنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»] وَلَمْ يَقُلْ إلا أنْ يجِيزَهَا الوَرَثَةُ، وَحَسْبُهم أنْ يُعطوهُ مِنْ أمْوَالِهِمْ مَا شَاؤوا.

وَقالَ المزنيُّ: إنَّما مُنعَ الوَارِثُ مِنَ الوَصِيَّةِ؛ لئِلا يَأْخُذَ مَالَ المَيِّتِ مِنْ وَجْهَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ.

قال أبو عمر: مِنْ حُجَّةِ مَنْ أجَازَ تَجْوِيزَ الوَرَثَةِ الوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ اتِّفَاقُهم عَلى أنَّهُ إنْ أوصى بِأكْثَرَ مِنَ الثُلثِ، وَأجازَهُ الوَرَثَةُ جَازَ، فَالوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

قَالَ مَالِكٌ(٢): الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنا، أنَّ الْمُوصِيَ إذَا أوْصَى فِي صِحَّتِهِ أوْ مَرَضِهِ بِوَصِيَّةٍ، فِيهَا عَتَاقَةُ رَقِيقٍ مِنْ رَقِيقِهِ، أوْ غَيْرُ ذَلِكَ، فَإنَّهُ يُغَيِّرُ مِنْ ذَلِكَ مَا بَدَا لَهُ،

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٢٦٣.
(٢) الموطأ، ص٧٦١.

وَيصْنَعُ مِنْ ذَلِكَ مَا شَاءَ حَتَّى يَمُوتَ، وَإِنْ أَحبَّ أَنْ يَطْرَحَ تِلْكَ الْوَصِيَّةَ، وَيُبْدِلَهَا، فَعَلَ، إلا أَنْ يُدَبِّرَ مَمْلُوكاً، فَإِنْ دَبَّرَ، فَلا سَبِيلَ إِلَى تَغْيِيرِ مَا دَبَّرَ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا حَقُّ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إلا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ».

قَالَ مَالِكٌ: فَلَوْ كَانَ الْمُوصِي لا يَقْدِرُ عَلى تغْيِيرِ وَصِيَّتِهِ. وَلا مَا ذُكِرَ فِيهَا مِنَ الْعَتَاقَةِ، كَانَ كُلُّ مُوصٍ قَدْ حَبَسَ مَالَهُ الَّذِي أَوْصَى فِيهِ مِنَ الْعَتَاقَةِ وَغَيْرِهَا، وَقَدْ يُوصِي الرَّجُلُ فِي صِحَّتِهِ وَعِنْدَ سَفَرِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فَالأَمْرُ عِنْدَنَا الَّذِي لا اخْتِلافَ فِيهِ، أَنَّهُ يُغَيِّرُ مِنْ ذَلِكَ مَا شَاءَ، غَيْرَ التَّدْبِيرِ.

[**قال أبو عمر**: مَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ فِي أَنَّ لِلْمُوصِي أَنْ يَتَصرَّفَ فِيمَا أوصى بِهِ غَيرَ التَّدْبيرِ].

هُوَ أَمْرٌ مُجْتَمعٌ عَلَيهِ، لا خِلافَ بَيْنَ العُلماءِ فِيهِ إلا التَّدْبِيرَ، فَإِنَّهُم اخْتَلَفُوا فِي الرُّجُوعِ فِي المُدَّبرِ، وَفِي بَيْعِهِ، فَكُلُّ مَنْ رَأى بَيْعَهُ رَأى الرُّجُوعَ فِيهِ لِمَنْ شَاءَ.

وَمِمَّنْ رَأى ذَلِكَ مُجاهِدٌ وَعَطاءٌ، وَطَاوسٌ.

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَأَحْمَدُ وَإِسْحاقُ.

وَلا يَجُوزُ بَيْعُ المُدبَّرِ، وَلا الرُّجُوعُ فِيهِ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأَبي حَنِيفَةَ، وَأَصْحابِهِما، والثَّورِيِّ، والأَوْزَاعِيِّ، وَالحَسَنِ بْنِ صَالحِ بن حي.

وَقَدْ أجازَ اللَّيْثُ بَيْعَهُ لِلْعتقِ مِنْ نَفْسِهِ، وَمِنْ غَيْرِهِ.

وَقالَ ابْن سِيرينَ: لا يُباعُ إِلا مِنْ نَفْسِهِ.

وَهُوَ قَولُ مَالِكٍ.

وَكَرِهَ بَيْعَ المُدبَّرِ: ابْنُ عُمَرَ، وَابْنُ المُسَيَّبِ، وَالشَّعبيُّ، وَالنخعيُّ، والزُّهريُّ.

وَقَدْ تَقدَّمَ القَولُ فِي ذَلِكَ فِي كِتَابِ المُدَبَّرِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ.

٢ ـ باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه

١٤٦٠ ـ مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ عَمْرَو بْنَ سُلَيْمٍ الزُّرَقِيَّ أَخْبَرَهُ؛ أَنَّهُ قِيلَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ: إِنَّ هَا هُنَا غُلاماً يَفاعاً[1]، لَمْ

١٤٦٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢، من كتاب الوصية، باب ٢ (جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه)، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٢٨٢، ١٠/ ٣١٧.

(١) يفاعاً: قال ابن الأثير الجزري في النهاية في غريب الحديث: يريد به اليافع، واليفاع المرتفع من كل شيء. قال: وفي إطلاق اليفاع على الناس غرابة.

يَحْتَلِمْ، مِنْ غَسَّانَ، وَوَارِثُهُ بِالشَّامِ، وَهُوَ ذُو مَالٍ، وَلَيْسَ لَهُ هَا هُنَا إِلا ابْنَةُ عَم لَهُ، قَالَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ: فَلْيُوصِ لَهَا، قَالَ: فَأَوْصَى لَهَا بِمَالٍ يُقَالُ لَهُ بِئْرُ جُشَمٍ، قَالَ عَمْرُو بْنُ سُلَيْم: فَبِيعَ ذَلِكَ الْمَالُ بِثَلاثِينَ أَلْفِ دِرْهَمٍ، وَابْنَةُ عَمِّهِ الَّتِي أَوْصَى لَهَا، هِيَ أُمُّ عَمْرِو بْنِ سُلَيْم الزُّرَقِيِّ.

١٤٦١ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ؛ أَنَّ غُلاماً مِنْ غَسَّانَ حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ بِالْمَدِينَةِ، وَوَارِثُهُ بِالشَّامِ، فَذُكِرَ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، فَقِيلَ لَهُ: إِنَّ فُلاناً يَمُوتُ، أَفَيُوصِي؟ قَالَ: فَلْيُوصِ.

قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: قَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَكَانَ الْغُلامُ ابْنُ عَشْرِ سِنِينَ، أَوِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً. [قَالَ، فَأَوْصَى بِبِئْرِ جُشَمٍ. فَبَاعَهَا أَهْلُهَا بِثَلاثِينَ أَلْفِ دِرْهَمٍ.

قال أبو عمر: روى ابْنُ عُيَيْنَةَ هَذَيْنِ الحَدِيثَيْنِ: الأَوَّلُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَمْرِو بْنِ سُلَيْم الزُّرَقِيِّ أَنَّ غُلاماً مِنْ غَسَّانَ حَضَرَتْهُ الوَفَاةُ بِالْمَدِينَةِ، فَقِيلَ لِعُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ: إِنَّ فُلاناً يَمُوتُ، قَالَ: مُرُوهُ فَلْيُوصِ، فَأَوصى بِبِئْرِ جُشَمٍ، قَالَ: فَبِيعَتْ بِثَلاثِينَ أَلْفاً.

قَالَ: وَكَانَ الغُلامُ ابْنَ عَشرِ سِنِينَ، أَو اثْنَتَيْ عَشرَةَ سَنَةً.

هَكَذا] قَالَ ابْنُ عُيَيْنَةَ فِي حَدِيثِهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ.

وَرَواهُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ سُلَيْم، عَنْ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ مِثْلَهُ.

وَسُفْيانُ، عَنْ أَيُوبَ، [عَنْ مُحمَّدٍ]، عَنْ شُرَيحٍ، قَالَ: مَنْ أَوْصى مِنْ صَغِيرٍ، أَو كَبِيرٍ، فَأَصابَ الحَقَّ، فَاللَّهُ قَضاهُ، عَلى لِسانِهِ، لَيْسَ لِلْحَقِّ مدْفعٌ.

قالَ ابْنُ سِيرِينَ: وَقالَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُتْبَةَ.

قَالَ سُفْيانُ: وَقالَ ابْنُ شُبْرمَةَ، وَابْنُ أَبي لَيلى: لا تَجُوزُ وَصيَّةُ مَنْ لَم يَبْلُغْ.

قَالَ: وَقالَ ابْنُ شُبْرمَةَ: أَنَا لا أُجِيزُ صَدَقَتَهُ، فَكَيْفَ أُجِيزُ وَصِيَّتَهُ؟!

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا؛ أَنَّ الضَّعِيفَ فِي عَقْلِهِ، وَالسَّفِيهَ، وَالْمُصَابَ الَّذِي يُفِيقُ أَحْيَاناً، تَجُوزُ وَصَايَاهُمْ، إِذَا كَانَ مَعَهُمْ مِنْ عُقُولِهِمْ، مَا يَعْرِفُونَ

١٤٦١ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٧٨/٩.

(١) الموطأ، ص٧٦٢.

ما يُوصُونَ بِهِ، فَأَمَّا مَنْ لَيْسَ مَعَهُ مِنْ عَقْلِهِ مَا يَعْرِفُ بِذَلِكَ مَا يُوصِي بِهِ، وَكَانَ مَغْلُوباً عَلَى عَقْله، فَلا وَصِيَّةَ لَهُ.

قال أبو عمر: أَمَّا وَصِيَّةُ الصَّغِيرِ إِذَا كانَ يَعْقِلُ مَا أوصى بِهِ، وَلَمْ يَأْتِ بِمُنْكَرٍ مِنَ القَوْلِ وَالفِعْلِ، فَوَصِيَّتُهُ جَائِزَةٌ مَاضِيَةٌ عِنْدَ مَالِكٍ، وَاللَّيْث، وَأَصْحَابِهِما، وَلا حَدَّ عِنْدَهُم فِي صِغَرِهِ عَشرُ سِنِينَ، وَلا غَيْرها إِذَا كَانَ مِمَّنْ يَفْهَمُ مَا يَأْتِي بِهِ فِي ذَلِكَ، وَأَصَابَ وَجْهَ الوَصِيَّةَ.

وَقالَ عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ الحَسَنِ: إِذَا أوصى فِي وَسَطِ مَا يَحْتلمُ لَهُ الغِلْمانُ جَازَتْ وَصِيَّتُهُ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ: لا تَجُوزُ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ.

وَقالَ المُزنيُّ: هُوَ قِياسُ قَولِ الشَّافِعِيِّ، وَلَمْ أجِدْ لِلشَّافعيِّ فِي ذَلِكَ شَيْئاً ذَكَرَهُ، وَنَصَّ عَلَيهِ.

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ عَلى قَولَيْنِ:

أَحَدهما: كَقَولِ مَالِكٍ.

والثَّاني: كَقَولِ أبي حَنِيفَةَ.

وَحُجَّتُهُمْ أَنَّهُ لا يَجُوزُ طَلاقُهُ، وَلا عِتْقُهُ، وَلا يَقْبضُ مِنْهُ فِي جنايةٍ وَلا يحدُّ بِهِ فِي قَذْفٍ، فَليسَ كَالبَالغِ المَحْجُورِ عَلَيهِ، فَكَذَلِكَ وَصِيَّتُهُ.

قال أبو عمر: قَدْ أَجْمَعَ هَؤُلاءِ عَلى أَنَّ وَصِيَّةَ البَالغِ المَحْجُورِ عَلَيهِ جَائِزَةٌ وَمَعْلُومٌ أَنَّ مَنْ يَعْقِلُ مِنَ الصِّبْيَانِ مَا يُوصِي بِهِ، فَحالُهُ حَالُ المَحْجُورِ عَلَيهِ فِي مَالِهِ.

وَعِلَّةُ الحجرِ تَبْذِيدُ المَالِ وَإِتْلافُهُ، وَتِلْكَ عِلَّةٌ مُرْتَفعَةٌ عَنْهُ بِالمَوْتِ، وَهُوَ بِالمَحْجُورِ عَلَيهِ فِي مَالِهِ أَشْبَهُ مِنْهُ بِالمَجْنُونِ الَّذِي لا يَعْقلُ، فَوَجَبَ أَنْ تَكُونَ وَصِيَّتُهُ مَعَ الأَثَرِ الَّذِي جَاءَ فِيهِ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -.

وَقالَ مَالِكٌ: إِنَّهُ الأَمْرُ المُجْتَمَعُ عَلَيهِ عِنْدَهُم بِالمَدِينَةِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

وَأَمَّا قَولُهُ فِي البَالغِ المَحْجُورِ عَلَيهِ، فَقَدْ مَضى قَولُ مَالِكٍ فِي هَذا البَابِ فِي مُوَطَّئِهِ.

وَقالَ ابْنُ القَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ: إِنْ حَضَرَتْهُ الوَفَاةُ، فَأَوصى بِوَصَايَا فَذَلِكَ جَائِزٌ.

وَقالَ مُحمدُ بْنُ الحَسَنِ [فِي كِتَابِ الحَجْرِ] - وَلَمْ يَحْكِ خِلافاً عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَصْحَابِهِ -: وَالقِيَاسُ فِي وَصَايَا الغُلامِ الَّذِي قَدْ بَلَغَ، وَهُوَ مُفْسِدٌ، غَيرُ مُصْلِحٍ أَنَّها بَاطِلٌ، وَلَكِنَّا نَسْتَحْسِنُ فِي وَصَايَاهُ إِذَا وَافَقَ الحَقَّ فِيها، وَلَمْ يَأْتِ سرفاً أَنَّها تَجُوزُ مِنْ ثُلثِهِ، كَما تَجُوزُ مِنْ ثُلُثِ غَيرِه.

وَقالَ الرَّبيعُ عَنِ الشَّافِعِيِّ: تَجُوزُ وَصِيَّةُ كُلِّ مَنْ عَقلَ الوَصِيَّةَ مِنْ بَالِغٍ مَحْجُورٍ عَلَيهِ، وَغَيرِ مَحْجُورٍ.

قال أبو عمر: إنَّما مُنعَ المَحْجُورُ عَلَيهِ؛ لِمَا يُخافُ مِنْ إفْسَادِ مَالِهِ احْتِياطاً عَلَيهِ، فَإذَا صَارَ فِي حَالِ المَوْتِ اسْتَغْنى عَنْ ذَلِكَ، فَكانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ لَيْسَ بِمَحْجُورٍ عَلَيهِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٣ ـ باب الوصية في الثلث لا تتعدى

١٤٦٢ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدِ بْن أَبِي وَقَّاصٍ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَعُودُنِي عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ، مِنْ وَجعٍ اشْتَدَّ بِي، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدْ بَلَغَ بِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى، وَأَنَا ذُو مَالٍ، وَلا يَرِثُنِي إلا ابْنَةٌ لِي، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَيْ مَالِي؟ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «لا» فَقُلْتُ: فَالشَّطْرُ؟ قَالَ «لا» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إنَكَ أنْ تَذَرَ[1] وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً[2] يَتَكَفَفُونَ[3] النَّاسَ، وَإِنَّكَ لَنْ تُنفِقَ نَفَقَةً تَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ، إلا أُجِرْتَ، حَتَّى مَا تَجْعَلُ فِي فِيِّ امْرَأَتِكَ» قَالَ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَأُخَلَّفُ بَعْدَ أَصْحَابِي؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «إِنَّكَ لَنْ تُخَلَّفَ، فَتَعْمَلَ عَمَلاً صَالِحاً، إلا ازْدَدْتَ بِهِ دَرَجَةً وَرِفْعَةً، وَلَعَلَّكَ أَنْ تُخَلَّفَ حَتَّى يَنْتَفِعَ بِكَ أَقْوَامٌ وَيُضَرَّ بِكَ آخَرُونَ، اللَّهُمَّ أَمْضِ لأَصْحَابِي هِجْرَتَهُمْ، وَلا تَرُدَّهُمْ عَلَى أَعْقَابِهِمْ، لَكِنِ الْبَائِسُ سَعْدُ بْنُ خَوْلَةَ، يَرْثِي لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ مَاتَ بِمَكَّةَ».

قال أبو عمر: هَكَذا قَالَ جَماعَةُ أَصْحابِ ابْنِ شِهابٍ فِي هَذا الحَدِيثِ جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَعُودُني عَامَ حَجَّةِ الوَدَاعِ، كَما قَالَ مَالِكٌ، إلا ابْنَ عُيَيْنَةَ، فَإِنَّهُ قَالَ فِيهِ عَامَ الفَتْحِ، فَأَخْطَأَ فِي ذَلِكَ.

وَهَذا حَدِيثٌ لا يُخْتَلَفُ فِي صِحَّةِ إسْنَادِهِ.

١٤٦٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤، من كتاب الوصية باب ٣ (الوصية في الثلث لا تتعدى)، وقد أخرجه البخاري في الجنائز، باب ٣٧ (رثى النبي ﷺ سعد بن خولة) حديث ١٢٩٥، ومسلم في الوصية باب ١ (الوصية بالثلث) حديث ٥، وأبو داود في الوصايا حديث ٢٨٦٤، والترمذي في الوصايا حديث ٢١١٦، وابن ماجه في الوصايا حديث ٢٧٠٨.

(١) أن تذر: أي تترك.

(٢) عالة: جمع عائل، يقال: عال يعيل. إذا افتقر.

(٣) يتكففون: أي يسألونهم بأكفهم، يقال: تكفف الناس، واستكف، إذا بسط كفه للسؤال، أو سأل ما يكف عنه الجوع، أو سأل كفافاً من طعام.

وَاتَّفَقَ أَهْلُ العِلْمِ عَلى القَولِ بِهِ فِي أَنَّهُ لا يَجُوزُ لأحَدٍ أَنْ يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ.

وَإِنَّما اخْتَلَفُوا فِيمَا لِلْمَرِيضِ أَنْ يَفْعَلَهُ فِي مَالِهِ مِنَ العَطايَا المُقبلَةِ غَيرِ الوَصِيَّةِ.

فَقالَ الجُمْهُورُ: إِنَّ أَفْعالَ المَرِيضِ فِيمَا يتصدَّقُ بِهِ، وَيعْتقُ، ويَهبُ فِي مَرَضِهِ الَّذِي يَمُوتُ مِنْهُ كُلَّها [فِي ثُلُثِهِ] كَالوَصَايَا.

وحُجَّتُهم أَنَّ هَذا الحَدِيثَ مَعَ صِحَّتِهِ لَمْ يَقُل فِيهِ ابْنُ شِهابٍ، [عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدٍ]: أفأُوصِي؟ وَإِنَّما قَالَ: أَفأَتَصدَّقُ؟ وَلَمْ يُجِزْ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنَ الصَّدَقَةِ إِلا الثُّلُثَ كَالوَصِيَّةِ المُجْتَمَع عَلَيها.

وَابْنُ شِهابٍ [حَافِظٌ] غيرُ مُدافعٍ فِي حِفْظِهِ.

وَقَدِ ذَكَرْنَا الأسانِيدَ عَنْهُم بِذَلِكَ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَقَدْ قَالَ فِيهِ سَعْدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، [عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدٍ]، أَفأُوصِي.

وَكَذَلِكَ قَالَ مُصْعبُ بْنُ سَعْدٍ، عَنْ أبيهِ: أَفأُوصِي، وَسَاقُوا الحَدِيثَ بِمَعْنى حَدِيثِ ابْنِ شِهابٍ سَواءً.

وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي ذَلِكَ عَنْ مُصْعبِ بْنِ سَعْدٍ، وَقَدْ قالَ بِأَنَّ هِبَةَ المَرِيضِ إِذَا قبضَتْ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ إِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ طَائِفَةٌ مِنَ السَّلَفِ.

وَإِليهِ ذَهَبَ أَهْلُ الظَّاهِرِ، وَدَاوُدُ.

وَأَمَّا جُمْهُورُ العُلماءِ، وَجَماعَةُ أَئِمَّةِ الفَتْوى بِالأمْصارِ، فَقَالُوا: هِبَةُ المَرِيضِ، قبضَتْ، أو لَمْ تقبَضْ إِذَا مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ لا تَكُونُ إِلا فِي الثُّلثِ كَالوَصَايَا.

وَمِمَّنْ قَالَ بِذَلِكَ مَالِكٌ، وَاللَّيْثُ، وَالأَوْزَاعِيُّ، وَالثَّوْرِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، والشَّافعيُّ، وَأَصْحابُهما.

وَحُجَّتُهم حَدِيثُ عِمرانَ بْنِ حصينٍ، عَنِ النبيِّ ﷺ فِي الَّذِي أَعْتقَ سِتَّةَ [أَعْبُدٍ] لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ، لا مَالَ لَهُ غَيرهم، فَأَقْرعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُم، فَأَعْتقَ اثْنَيْنِ، وَأَرقَّ أَرْبَعَةً؛ فَأَمْضى لَهُ مِنْ مَالِهِ ثُلُثَهُ، وَرَدَّ سَائِرَ مَالِهِ مِيرَاثاً[1].

وَهَذا حُكْمُ الوَصِيَّةِ عِنْدَ الجَمِيعِ.

وَأَجْمَعَ عُلماءُ المُسْلِمِينَ أَنَّ المَيِّتَ إِذا مَاتَ عَنْ بَنِينَ، أو عَنْ كَلالَةٍ تَرِثُهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُوصِيَ فِي مَالِهِ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ.

وَاخْتَلَفُوا إِذا لَمْ يَتْرُكْ بَنِينَ، وَلا عَصَبَةً.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

فَقالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: إذا كَانَ كَذَلِكَ جَازَ لَهُ أنْ يُوصِيَ بِمَالِهِ كُلِّهِ.

وَعَنْ أبي مُوسى الأشْعَرِيِّ مِثْلُهُ.

وَهُوَ قَولُ [عَبِيدَةَ]، وَمَسْرُوقٍ.

وَبِهِ قَالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحابُهُ.

وَإليهِ ذَهَبَ إسْحاقُ بْنُ رَاهويهَ.

وَقَدْ ذَكَرْنا الآثَارَ، عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَأبِي مُوسى وَعبيدةَ، وَمَسْرُوقٍ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَذكرَ الطَّحاوِيُّ؛ قَالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحابُهُ، وَشريكٌ القَاضِي: إذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ أوصى بِجَمِيعِ مَالِهِ.

وَمِنْ حُجَّتِهِمْ أنَّ الاقْتِصارَ عَنِ الثُّلُثِ فِي الوَصِيَّةِ إنَّما كَانَ مِنْ أجْلِ أنْ يَدَعَ وَرَثَتَهُ أغْنِياءَ، وَمَنْ كَانَ مِمَّنْ لا وَارِثَ لَهُ، فَلَيسَ مِمَّنْ عُنِيَ بِالحَدِيثِ، وَجَائِزٌ لَهُ أنْ يُوصِيَ بِمَالِهِ كُلِّهِ.

وَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: لا يَجُوزُ لأحَدٍ أنْ يُوصِيَ بِمَالِهِ كُلِّهِ، كَانَ لَهُ بَنُونَ [أو ورث كلالة]، أو وَرِثَهُ جَماعَةُ المُسْلِمِينَ.

وَبِهَذا القَولِ قَالَ مَالِكٌ، وَالأوْزَاعِيُّ، وَالحَسَنُ بْنُ حيّ.

وَاخْتَلَفَ فِيهِ قَولُ أحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ.

قال أبو عمر: مَا يُصْرَفُ إلى بَيْتِ مَالِ المُسْلِمِينَ، فَلَيْسَ عَلى سَبِيلِ المِيرَاثِ، وَلَو كَانَ كَذَلِكَ مَا اسْتحقَّهُ الرَّجُلُ، وَابْنُهُ، وَلا مَنْ يحجبُ مَعَ مَنْ يحجبُهُ، وَإنَّما هُوَ مِنْ مَالٍ لا مَالِكَ لَهُ مَصْرُوفٍ إلى نَظَرِ السُّلْطانِ يَصْرِفُهُ حَيْثُ يَراهُ مِنَ المُسْلِمِينَ فِي مَصَالِحِهِمْ.

وَأجْمَعَ جُمْهُورُ أهْلِ العِلْمِ أنَّ الوَصِيَّةَ لا تَجُوزُ بِأكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ إلا أنْ يجيزَها الوَرَثَةُ.

وَعَلى هَذا جَماعَةُ جُمْهُورِ الفُقهاءِ بِالعِرَاقِ، وَالحِجَازِ، وَالمغْرِبِ، وَالشَّام.

وَشَذَّتْ طَائِفَةٌ مِنْهُم: عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ كيسانَ، فَلَمْ يُجِيزُوا الوَصِيَّةَ بِأكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإنْ أجازَها الوَرَثَةُ، وَقَالُوا: لَيْسَ لَهمْ أنْ يُجِيزُوا لِلْمُوصِي ذَلِكَ، وَلَهُمْ أنْ يُعْطُوا المُوصى لَهُ مِنْ فَرَائِضِهِمْ، وَسَائِرِ أمْوَالِهِمْ مَا شَاؤُوا.

وَكَرِهَ الجَماعَةُ مِنْ أهْلِ العِلْمِ الوَصِيَّةَ فِي الثُّلُثِ لِمَنْ يَرِثُهُ ذُرِّيَّتُهُ، وَاسْتَحَبَّتْ مِنْهُم [جَماعَةٌ] الوَصِيَّةَ بِالخُمسِ.

وَرُوِيَ عَنْ أبي بَكْرِ الصِّدِّيقِ ـ رضي الله عنه ـ أَنَّهُ قَالَ: رَضِيتُ فِي وَصِيَّتِي بِمَا رَضَى اللَّهُ بِهِ لِنَفْسِهِ. يعني مِنَ الغَنِيمَةِ(١).

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: أَخْبَرني مَنْ سَمعَ الحَسَنَ، وَأَبا قلابَةَ يَقُولانِ: أوصى أَبُو بَكْرٍ بِالخُمسِ.

وَاسْتَحَبَّتْ طَائِفَةٌ الوَصِيَّةَ بِالرُّبعِ، رُوِيَ ذَلِكَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

وَقالَ إِسْحاقُ بْنُ رَاهويه: السُّنَّة فِي الوَصِيَّةِ الرُّبعُ؛ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «الثُّلُثُ كَثِيرٌ»، إلا أَنْ يَكُونَ رَجُلٌ يَعْرِفُ فِي مَالِهِ شُبهاتٍ، فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِثُلثهِ لا يَتَجاوَزُهُ.

وَاسْتَحَبَّتْ طَائِفَةٌ الوَصِيَّةَ بِالثُّلثِ؛ لِمَا رُوِيَ عَنِ النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ تَعالى جَعَلَ لَكُمْ فِي الوَصِيَّةِ ثُلثَ أَمْوَالِكُمْ زِيادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ»(٢).

رُوِيَ مِنْ وُجُوهٍ فِيها لِينٌ، قَدْ ذَكَرْنَاهَا فِي «التَّمْهِيدِ».

مِنْها مَا رَوَاهُ وَكِيعٌ، وَابْنُ وَهْبٍ، عَنْ طَلْحَةَ بْنِ عَمْرٍو [عَنْ عَطاءٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ.

وَهَذا الحَدِيثُ لَمْ يَرْوِهِ عَنْ عَطَاءٍ غَيْرُ طَلْحَةَ بْنِ عَمْرٍو] هَذَا، وَهُوَ ضَعِيفٌ، مُجْتَمعٌ على ضَعْفِهِ.

وَالصَّحِيحُ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ مَا رَوَاهُ سُفْيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، وَغَيرُهُ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، قالَ: قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: لَو غَضَّ النَّاسُ مِنَ الثُّلثِ إلى الرُّبعِ فِي الوَصِيَّةِ، لَكانَ أَحَبَّ إِلَيَّ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قالَ: «الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ».

قالَ سُفْيانُ: وَحَدَّثنا جَعْفَرُ بْنُ برقانَ أَنَّ أَبا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ قَالَ: أَرْضى فِي وَصِيَّتِي بِما رَضِي اللَّهُ عَزَّ وجلَّ بِالخُمسِ.

قالَ سُفْيَانُ: يَعْنِي خُمسَ الفَيْءِ؛ لِقَولِهِ: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ الآية [الأنفال: ٤١].

وَقالَ قَتادَةُ: الثُّلثُ كَثيرٌ وَالقُضاةُ يُجيزُونَهُ، وَالرُّبعُ قَصدٌ، وَأَوصى أَبُو بَكْرٍ بالخُمسِ.

[وَقالَ ابْنُ سِيرِينَ: الثُّلثُ جهدٌ، وَهُوَ جَائِزٌ].

وَقالَ قَتَادَةُ: أوصى عُمَرُ بِالرُّبعِ، وَأَوصى أَبُو بَكْرٍ بالخُمسِ، وَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٩/ ٦٦.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الوصايا باب ٥، وأحمد في المسند ٦/ ٤٤١.

وَقالَ إِبْرَاهِيمُ كَانَ الخُمْسُ أَحبَّ إِلَيهِم مِنَ الرُّبعِ، وَالرُّبعُ أَحبَّ إِلَيهم مِنَ الثُّلثِ.

وَقَدْ ذَكَرْنا الأَسَانِيدَ عَنْ هَؤلاءِ كُلِّهم فِي «التَّمْهِيدِ».

وَفِي هَذا الحَدِيثِ أيضاً عِيادَةُ العَالِمِ وَالخَلِيفَةِ، وَسَائِرِ الجِلَّةِ للمَرِيضِ.

وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ الأَعْمَالَ لا يَزْكُو مِنْها إِلا مَا أُرِيدَ بِهِ وَجْه اللَّهِ تَعالى لِقَولِهِ ﷺ: «إِنَّكَ لَنْ تُنفِقَ نَفقَةً تَبْتَغِي بِها وَجْهَ اللَّهِ إلا أُجِرْتَ بِها».

وَفِيهِ أَنَّ النَّفَقَةَ عَلى البَنِينَ، وَالزَّوْجَاتِ مِنَ الأَعْمَالِ الزَّاكِيَاتِ الصَّالِحَاتِ، وَأَنَّ تَرْكَ المَالِ لِلْوَرَثَةِ إِذَا كَانَ فَضلاً أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ بِهِ؛ لِقَولِهِ ﷺ: «أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِياءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدعَهم عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ».

وَأَمَّا قَولُ سَعْدٍ «أَأُخَلَّفُ بَعْدَ أَصْحابِي»، فَمَعْنَاهُ عِنْدِي ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ أَأُخَلَّفُ بِمَكَّةَ بَعْدَ أَصْحَابِي المُهاجِرينَ المُتَصدِّقِينَ مَعَكَ إِلى المَدِينَةِ دَارِ الهِجْرَةِ.

قالَ ذَلِكَ تَحَزُّناً، وَإِشْفَاقاً مِنْ بَقَائِهِ فِي مَوْضِعٍ قَدْ هَجَرَهُ لِلَّهِ، وَلِرَسُولِهِ.

وَأَمَّا جَوَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَهُ بِقَولِهِ: «إِنَّكَ لَنْ تُخَلَّفَ، فَتَعْمَلَ عَملاً صَالِحاً إِلا ازْدَدْتَ بِهِ دَرَجَةً، وَرِفْعَةً»، فَلَمْ يخرجْ عَلى كَلامِهِ، وَإِنَّما خرجَ مخْرجَ الإِقْرَارِ؛ لأَنَّ الغَيْبَ لا علمَ لَهُ بِهِ، ولكنْ مَنْ خُلِّفَ، وَعمِلَ صَالحاً، وقعَتْ بِهِ دَرَجَتُهُ.

وَأَمَّا قَولُهُ: «وَلَعَلَّكَ أَنْ تُخَلَّفَ حَتَّى يَنْتَفعَ بِكَ أَقْوامٌ، وَيُضَرَّ بكَ آخَرُونَ»، فَهَذَا مِنْ ظُنُونِهِ الصَّادِقَةِ الَّتِي كَانَ كَثِيراً مِنْها يَقِيناً، فَقَدْ خُلِّفَ سَعْدٌ ـ رضي الله عنه ـ حَتَّى انْتفعَ بِهِ أَقْوامٌ، وَهَلَكَ بِهِ آخَرُونَ.

رَوى ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ الحَارِثِ، عَنْ بكَيرِ بْنِ الأَشَجِّ، قالَ: سَأَلْتُ عَامِرَ بْنَ سَعْدِ بْنِ أَبي وَقَّاصٍ، عَنْ قَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَجَّةِ الوَدَاعِ لِسَعْدٍ: «وَلَعَلَّكَ أَنْ تُخَلَّفَ حَتَّى يَنْتَفعَ بِكَ أَقْوامٌ، ويضرَّ بكَ آخرُونَ؟» فَقالَ: أُمِّرَ سَعْدٌ عَلى العِراقِ، فَقَتَلَ قَوْماً عَلى ردَّة، فَأَضَرَّ بِهِمْ، وَاسْتَتَابَ قَوْماً سَجعُوا سَجْعَ مُسَيْلمةَ، فَتَابُوا، فَانْتَفَعُوا.

قال أبو عمر: أَمَّرَهُ عُمَرُ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ عَلى الكُوفَةِ عَلى حَربِ القَادِسِيَّةِ، وَعُمِّر سَعْدٌ بَعْدَ حَجَّةِ الوَدَاعِ خَمسٌ وأَرْبَعُونَ سَنَةً، وَتُوفِّيَ سَنَةَ خَمسٍ وَخَمْسِينَ.

وَأَمَّا قَولُهُ ﷺ: «اللَّهُمَّ أَمْضِ لأَصْحابِي هِجْرَتَهُم، وَلا تَرُدَّهُم عَلى أَعْقَابِهِم»، فَمَعْنَاهُ الدُّعاءُ لَهُم فِي أَنْ يتمَّ لَهُم هِجْرَتَهُم سَالِمَةً مِنْ آفاتِ الرُّجُوعِ إِلى الوَطَنِ المُتقرَّبِ بِهِجْرَتِهِ إِلى اللَّهِ عَزَّ وجلَّ، وَأَنْ يُثَبِّتهُم عَلى هِجْرَتِهِم تِلْكَ، وَكَانُوا يَسْتَعِيذُونَ بِاللَّهِ تَعالى أَنْ يَعُودُوا كَالأَعْرَابِ بَعْدَ هِجْرَتِهِم؛ لأَنَّ الأَعْرابَ لَمْ يَتَعَبَّدُوا بِالهِجْرَةِ الَّتِي كَانَ يحرمُ بِها عَلى المُهاجِرِ الرُّجُوعُ إِلى وَطَنِهِ.

وَلَمْ تَكُنِ الهِجْرَةُ (مُقْتَصِرةً) فِي تَرْكِ الوَطَنِ، وَتَحْرِيم الرُّجُوعِ إِليهِ عَلى الأَبَدِ، إِلا عَلى أَهْلِ مَكَّةَ خَاصَّةً الَّذِينَ آمَنُوا بِهِ مِنْ أَهْلِها، وَاتَّبعُوهُ لِيُتِمَّ لَهُمْ بِالهِجْرَةِ الغَايَةَ مِنَ الفَضْلِ الَّذِي سبقَ لَهُم، فَعَلَيهم خَاصَّةً افْتُرِضَتِ الهِجْرَةُ، المُفْترضُ فِيها البَقاءُ مَعَ النَّبيِّ ﷺ حَيْثُ اسْتَقرَّ، والتَّحَوُّلُ مَعَهُ حَيْثُ تَحَوَّلَ لِنُصْرَتِهِ، وَمُؤَازَرَتِهِ، وَصُحْبَتِهِ، وَالحِفْظِ لِمَا يُشَرِّعُهُ، وَالتَّبْلِيغِ عَنْهُ.

وَلَمْ يُرَخِّصْ لِوَاحِدٍ مِنْهُم فِي الرُّجُوعِ إلى الوَطَنِ، وَتَرْكِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَلَيْسَ عِنْدَهُم كَذَلِكَ؛ لأَنَّ هِجْرَةَ دَارِ الكُفْرِ حَيْثُ كَانَتْ، وَإِنْ كَانَتْ وَاجِبَةً عَلى كُلِّ مَنْ آمَنَ أَنْ يَهْجُرَ دَارَ الكُفْرِ؛ لِئَلا تَجْرِيَ عَلَيه فِيها أَحْكَامُ الشَّيْطَانِ وَحُرِّمَ عَلَيهِ المقامُ حَيْثُ لا يجْرِي عَلَيهِ حُكْمُ الإِسْلامِ؛ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «أَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ مُقِيمٍ مَعَ المُشْرِكِينَ»[1] فَلَمْ يحرمْ فِي هِجْرَتِهِ هذهِ حَالَةَ الرُّجُوعِ إلى الوَطَنِ الَّذِي خَرَجَ مِنْهُ إِذَا عَادَتْ تِلْكَ الدَّارُ دَارَ إِيمانٍ وَإِسْلام.

وَلَيسَ أَهْلُ مَكَّةَ كَذَلِكَ؛ لأَنَّ الهِجْرَةَ كَانَتْ عَلَيهم بَاقِيَةً إِلى المَمَاتِ، وَهُمْ الَّذِينَ أُطْلِقَ عَلَيهم المُهَاجِرُونَ، وَمُدِحُوا بِذَلِكَ دُونَ غَيرِهم.

أَلا تَرى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ إِنَّما أَرْخَصَ لِلْمُهاجِرِ أَنْ يُقِيمَ بِمَكَّةَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ بَعْدَ تَمامِ نُسكِهِ وَحَجِّهِ.

رَوَاهُ العَلاءُ بْنُ الحضرميِّ، عَنِ النبيِّ ﷺ، وَقَدْ ذَكَرْنَا هَذا الحَدِيثَ بإِسْنادِهِ فِي كِتَابِ الصَّلاةِ.

وَحدَّثنا مُحمدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، أَخْبَرنا أَحْمَدُ بْنُ مُطرفٍ، قالَ: حدَّثنا سَعِيدُ بْنُ عُثْمانَ الأعناقيُّ، قالَ: حدَّثنا إِسْحاقُ بْنُ إِسْماعِيلَ الأيليُّ، قَالَ: حَدَّثنا سُفْيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مُحمدِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ الأَعْرَجِ قالَ: خَلَّفَ النبيُّ ﷺ على سَعدٍ رَجُلاً، وَقالَ لَهُ: «إِنْ مَاتَ بِمَكَّةَ فَلا تَدْفَنْهُ بِهَا».

قَالَ سُفْيانُ: لأَنَّهُ كَانَ مُهاجِراً.

وَعَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنْ مُحمدِ بْنِ قَيْسٍ، عَنْ أَبي برْدَةَ، عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبي وَقَّاصٍ، قالَ: سَأَلْتُ النبيَّ ﷺ: أَتَكْرَهُ للرَّجُلِ أَنْ يَمُوتَ فِي الأَرْضِ الَّتِي هَاجَرَ مِنْها؟ قَالَ: «نَعَمْ».

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب ٩٥، حديث ٤٦٤٥، بلفظ: عن جرير بن عبد الله قال: بعث رسول الله ﷺ سرية إلى خثعم فاعتصم ناس منهم بالسجود، فأسرع فيهم القتل، قال: فبلغ ذلك النبي ﷺ فأمر لهم بنصف العقل، وقال: أنا بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين، قالوا: يا رسول الله لم؟قال: لا تراءى ناراهما.
وأخرجه بنفس اللفظ الترمذي في السير باب ٤٢.

وَرَوى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَعِيدِ بْنِ أبي هِنْدٍ، عَنْ أبيهِ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذا قدمَ مَكَّةَ قالَ: «اللَّهُمَّ لا تَجْعَلْ مَنايَانَا بِها»(١)؛ لأَنَّهُ كَانَ مُهاجِراً.

وَقالَ فضيلُ بْنُ مرزوقٍ سَأَلْتُ إِبْرَاهِيمَ النخعيَّ عَنِ المقام، وَالجوَارِ بِمَكَّةَ؛ فَقَالَ: أَمَّا المُهاجِرُ، فَلا يُقيمُ بِها، وَأَمَّا غَيْرُهُ، فَإِنَّما كُرِهَ لَهُ المقامُ بِمَكَّةَ خَشْيَةَ أَنْ يكْثرَ النَّاسُ بِها، فتغلُوا أَسْعَارُ أَهْلِها.

وَفِي رِوَايَةِ سُفْيانَ بْنِ حسينٍ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدٍ، عَنْ أَبِيهِ فِي الحَدِيثِ المَذْكُورِ فِي أَوَّلِ هَذا البَابِ أَنَّهُ قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! إِنِّي أخافُ، أو قَالَ: إِنِّي أرْهَبُ أَنْ أَمُوتَ فِي الأَرْضِ الَّتِي هَاجَرْتُ مِنْها، فَادْعُ اللَّهَ لِي، فَقالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اللَّهُمَّ اشْفِ سَعْداً، اللَّهُمَّ اشْفِ سَعْداً...»(٢)، وَذكرَ الحَدِيثَ.

وَهَذا كُلُّهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ قَولَهُ ﷺ: «لا هِجْرَةَ بَعْدَ الفَتْحِ» أَنَّ مَعْناهُ لا هِجْرَةَ تُبْتَدَأُ بَعْدَ الفَتْحِ مُفْترضَةً لا عَلى أَهْلِ مَكَّةَ، وَلا عَلى غَيْرِهِمْ.

ثَبَتَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «لا هِجْرَةَ بَعْدَ الفَتْحِ» مِنْ وُجُوهٍ كَثِيرَةٍ صِحَاحٍ كُلِّها، وَفِي بَعْضِها: «لا هِجْرَةَ بَعْدَ الفَتْحِ، وَلَكِنْ جِهادٌ وَنِيَّةٌ، وَإِذا اسْتُنْفِرْتُمْ، فَانْفرُوا»(٣)، ثُمَّ قَالَ لَهُمْ: «المُهاجِرُ مَنْ هَجَرَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيهِ»(٤).

وَقالَ لِبَعْضِهِم إِذْ سَأَلَهُ عَنِ الهِجْرَةِ: «أَقِمِ الصَّلاةَ، وَآتِ الزَّكَاةَ، وَمَا افْتَرَضَ اللَّهُ عَلَيكَ، وَاجْتَنِبْ مَا نَهاكَ عَنْهُ، وَاسْكُنْ مِنْ أَرْضِ قَوْمِكَ حَيْثُ شِئْتَ».

قال أبو عمر: فَهَذِهِ الهِجْرَةُ المُفْتَرَضَةُ البَاقِيَةُ إِلى يَوم القِيَامَةِ؛ إِلا أَنَّ المُهَاجِرِينَ الأَوَّلِينَ الَّذِينَ مَدَحَهُم اللَّهُ بِهِجْرَتِهِم حَرامٌ عَلَيهِم تَرْكُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَالمَدِينَةِ، وَالرُّجُوعِ إِلى مَكَّةَ أَبداً.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٢٥، ١٢٥.

(٢) أخرجه البخاري في المرضى باب ١٣، ٢٠، ومسلم في الوصايا حديث ٨، وأحمد في المسند ١/ ١٦٨، ١٧١.

(٣) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في الصيد باب ١٠، والجهاد باب ١، ٢٧، ١٩٤، ومناقب الأنصار باب ٤٥، والمغازي باب ٥٣، ومسلم في الإمارة حديث ٨٦، والترمذي في السير باب ٣٣، والنسائي في البيعة باب ١٥، وابن ماجه في الكفارات باب ١٢، والدارمي في السير باب ٦٩، وأحمد في المسند ١/ ٢٢٦، ٢٦٦، ٣١٦، ٣٥٥، ٢/ ٢١٥، ٣/ ٢٢، ٤٠١، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٦٨، ٤٦٩، ٥/ ٧١، ١٨٧، ٦/ ٤٦٦.

(٤) أخرجه البخاري في الإيمان باب ٤، والرقاق باب ٢٦، وأبو داود في الوتر باب ٢، ١١، ١٢، والجهاد باب ٢، والنسائي في الإيمان باب ٩، وابن ماجه في الفتن باب ٢، وأحمد في المسند ٢/ ١٦٣، ١٩٢، ١٩٣، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٩، ٢١٢، ٢١٥، ٢٢٤، ٣/ ١٥٤، ٦/ ٢١، ٢٢.

ألا تَرى أنَّ عُثْمانَ وَغَيْرَهُ كَانُوا إِذَا حَجُوا لا يَطُوفُونَ طَوافَ الوَدَاعِ إِلا وَرَوَاحِلُهُم قَدْ رُحِّلَتْ.

وَهَذا إِنَّما كَانَ عَلَيهم مَا كَانَ ﷺ حَيّاً بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ، فَلَمَّا مَاتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ارْتَفَعَ ذَلِكَ عَنْهُم بِمَوْتِهِ، فَافْتَرقُوا فِي البُلْدَانِ ـ رضي الله عنهم ـ.

وَرَوى جَرِيرُ بْنُ حَازِمٍ، قالَ: حَدَّثني عَمِّي جَرِيرُ بْنُ يَزِيدَ، عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدٍ، عَنْ أَبِيهِ، فَذَكَرَ مَعْنى حَدِيثِ ابْنِ شِهَابٍ.

وَفِيهِ: «لَكِنَّ سَعْدَ بْنَ خَولَةَ البَائِسَ قَدْ مَاتَ فِي الأَرْضِ الَّتِي قَدْ هَاجَرَ مِنْها».

قال أبو عمر: مَا قَالَهُ شُيُوخُنَا فِي حَدِيثِ ابْنِ شِهَابٍ: «يرثِي لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ مَاتَ بِمَكَّةَ» مِنْ كَلامِ ابْنِ شِهابٍ صَحِيحٌ.

وَمَعْلُومٌ بِما ذَكَرْنا مِنَ الآثَارِ أَنَّ قَولَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِسَعْدِ بْنِ خَوْلَةَ «البَائِسِ» إِنَّما كَانَ رثى بِذَلِكَ لِمَوْتِهِ بِمَكَّةَ، وَقَدْ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ أَحَبَّ واخْتَارَ التَوَدُّدَ بِها حَتَّى أَدْرَكَتْهُ فِيها مَنِيَّتُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَكانَ مَوتُهُ بِمَكَّةَ فِي حَجَّةِ الوَدَاعِ.

حَدَّثني خَلفُ بْنُ قَاسِمٍ، قالَ: حدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرِ بْنِ الوردِ قالَ: حدَّثني الحَسَنُ بْنُ غليبٍ، وَإِسْحاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ جَابِرٍ، قَالا: حدَّثنا يَحيى بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَكيرٍ، قالَ: حدَّثنا اللَّيْثُ، عَنْ يَزِيدَ بنِ أَبي حبيبٍ، قالَ: تُوفِّيَ سَعْدُ بْنُ خَوْلَةَ فِي حَجَّةِ الوَدَاعِ.

قال أبو عمر: سَعْدُ بْنُ خَولةَ بَدْرِيٌّ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِما يَنْبَغِي مِنْ ذِكْرِهِ فِي كِتَابِ الصَّحَابَةِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي الرَّجُلِ يُوصِي بِثُلُثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ، وَيَقُولُ: غُلامِي يَخْدُمُ فُلاناً مَا عَاشَ، ثُمَّ هُوَ حُرٌّ، فَيُنْظَرُ فِي ذَلِكَ، فَيُوجَدُ الْعَبْدُ ثُلُثَ مَالِ الْمَيِّتِ، قَالَ: فَإِنَّ خِدْمَةَ الْعَبْدِ تَقُوَّمُ، ثُمَّ يَتَحَاصَّانِ[2]، يُحَاصُّ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ بِالثُّلُثِ بِثُلُثِهِ، وَيُحَاصُّ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ بِخِدْمَةِ الْعَبْدِ بِمَا قُوِّمَ لَهُ مِنْ خِدْمَةِ الْعَبْدِ، فَيُأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ خِدْمَةِ الْعَبْدِ، أَوْ مِنْ إِجَارَتِهِ، إِنْ كَانَتْ لَهُ إِجَارَةٌ، بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، فَإِذَا مَاتَ الَّذِي جُعِلَتْ لَهُ خِدْمَةُ الْعَبْدِ مَا عَاشَ، عَتَقَ الْعَبْدُ.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ القَولُ فِيمَا زَادَ من الوصَايَا عَلَى الثُّلُثِ أَنَّ ذَلِكَ مَوْقُوفٌ

---

(١) الموطأ، ص٧٦٣، ٧٦٤.

(٢) يتحاصان: يقال: تحاص الغرماء، أي اقتسموا المال بينهم حصصاً.

عِنْدَ جُمْهُورِ العُلماءِ عَلى إجازَةِ الوَرَثَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الخِلافَ فِي ذَلِكَ.

وَأَمَّا الوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ العَبْدِ، وَغلَّةِ البَسَاتِينِ، وَسُكْنى المَسَاكِينِ، فَقَدِ اخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي ذَلِكَ:

فَقالَ مَالِكٌ، وَالثَّوريُّ، وَاللَّيْثُ، وَعُثْمَانُ البتيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافعيُّ، وَسوارٌ، وَعبد الله، وَعُبيدُ اللَّهِ ابنا الحَسَنِ قَاضِيا البَصْرَةِ: الوَصِيَّةُ بِسُكْنى الدَّارِ، وَغَلَّةِ البَسَاتِينِ فِيما يسْتأذنُ، وَخِدْمَةُ العَبْدِ جَائِزَةٌ إذا كَانَتِ الثُلُثَ، أو أقلَّ. وَكَذَلِكَ مَا زَادَ عَلى الثُّلُثِ مِنْ ذَلِكَ إذا أجازَهُ الوَرَثَةُ.

وَقالَ ابْنُ أَبِي لَيلى، وَابْنُ شبرمَةَ: الوَصِيَّةُ بِكُلِّ ذَلِكَ بَاطِلٌ غَيرُ جَائِزَةٍ.

وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ؛ لأنَّ ذَلِكَ مَنافِعُ طَارِئَةٌ عَلى مِلْكِ الوَارِثِ، لَمْ يَمْلِكْها المَيِّتُ قَبْلَ مَوْتِهِ.

وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّهُ لَو أوصى بِشَيْءٍ، وَماتَ، وَهُوَ فِي غَيرِ مِلْكِهِ أَنَّ الوَصِيَّةَ بَاطِلٌ.

وَالوَصِيَّةِ بِالمَنافِعِ كَذَلِكَ؛ لأَنَّهُ قَدْ مَاتَ، وَهِيَ فِي غَيرِ مِلْكِهِ، فَإِنْ شُبِّهَ عَلى أَحَدٍ أَنَّ الإجَارَةَ يَمْلِكُ المُؤاجِرُ بِها البَدَلَ مِنْ مَنافِعِها، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي مِلْكِهِ، فَلَيْسَ كَذَلِكَ؛ لأنَّ المُؤاجِرَ عَلى مِلْكِهِ كُلُّ مَا يَطْرَأُ مِنَ المَنافعِ مَا دَامَ الأَصْلُ فِي مِلْكِهِ، وَكانَ حَيّاً، وَلَيسَ المَيّتُ بِمَالِكٍ لِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ؛ لأنَّ المَنافعَ طَارِئَةٌ عَلى مِلْكِ الوَرَثَةِ.

وَأَمَّا الأَوْقافُ، فَإِنَّ السُّنَّةَ أَجازَتها بِخُرُوجِ مِلْكِ أَصْلِها عَنِ المُوقفِ إلى اللَّهِ عَزَّ وَجلَّ لِيتحرَّى عَليها فِيما يُقَرِّبُ مِنْهُ، وَلَيْسَتِ المَنافِعُ فِيها طَارِئَةً عَلى مِلْكِ الموقفِ، [لأَنَّهُ مُسْتَحِيلٌ أَنْ يَمْلِكَ المَيِّتُ شَيْئاً.

وَقَدْ قَالَ بَعْضُهم إنَّ أُصُولَ الأوقَافِ عَلى مِلْكِ الموقفِ]؛ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «يَنْقَطِعُ عَمَلُ المَرْءِ بَعْدَهُ إلا مِنْ ثَلاثٍ» فَذكرَ مِنْها صَدَقَةً يَجْرِي عَلَيهِ نَفْعُها.

وَهَذا لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لأَنَّ الثَّوابَ، والأَجْرَ الَّذِي يَنالُهُ المَيِّتُ فِيما يُوقِفُهُ مِنْ أُصُولِ مَالِهِ إِنَّما كَانَ؛ لأنَّ أَصْلَهُ خَرجَ عَنْ مِلْكِهِ إلى اللَّهِ تَعالى، فَبِذَلِكَ اسْتَحَقَّ الأَجْرَ كَمَنْ سَنَّ سُنَّةً حَسَنَةً، فَعَمِلَ بِها غَيْرُهُ.

أَخْبرنا عَبْدُ الوَارِثِ، قَالَ: حَدَّثنا قَاسِمٌ، قالَ: حَدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ عَبْدِ السَّلامِ، قالَ: حَدَّثنا مُحمدُ بْنُ أبي عَمْرٍو، قالَ: حَدَّثنا سُفْيانُ بْن عُيَيْنَةَ، قالَ: قَالَ: ابْنُ شبرمَةَ، وَابْنُ أَبِي ليلى: مَنْ أوصى بِفرعِ شَيْءٍ وَلَمْ يُوصِ بِأَصْلِهِ، فَلَيسَ بِشَيْءٍ.

قال أبو عمر: قَولُ ابْنِ أَبِي لَيلى، وَابْنِ شبرمَةَ، وَمَنْ تَابَعَهُما قَولٌ صَحِيحٌ فِي النَّظَرِ وَالقِيَاسِ، وَإِنْ كَانَ عَلى خِلافِهِ أَكْثَرُ النَّاسِ.

قَالَ مَالِكٌ[١]: فِي الَّذِي يُوصِي فِي ثُلُثِهِ، فَيَقُولُ: لِفُلانٍ كَذَا وَكَذَا، وَلِفُلانٍ كَذَا وَكَذَا، يُسَمِّي مَالاً مِنْ مَالِهِ، فَيَقُولُ وَرَثَتُهُ: قَدْ زَادَ عَلى ثُلُثِهِ: فَإِنَّ الْوَرَثَةَ يُخَيَّرُونَ، بَيْنَ أَنْ يُعْطُوا أَهْلَ الْوَصَايَا وَصَايَاهُمْ، وَيَأْخُذُوا جَمِيعَ مَالِ الْمَيِّتِ، وَبَيْنَ أَنْ يَقْسِمُوا لأَهْلِ الْوَصَايَا ثُلُثَ مَالِ الْمَيِتِ، فَيُسَلِّمُوا إِلَيْهِم ثُلُثَهُ، فَتَكُونُ حُقُوقُهُمْ فِيهِ إِنْ أَرَادُوا، بَالِغاً مَا بَلَغَ.

قال أبو عمر: هَذِهِ مَسْأَلَةٌ مَعْرُوفَةٌ لِمَالِكٍ، وَأَصْحَابُها يَدْعُونَها مَسْأَلَةَ خلعِ الثُّلثِ.

وَخَالَفَهُم فِيها أَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافعيُّ، وَأَبُو ثَورٍ، وَأَحْمَدُ، وَدَاوُدُ، وَأَصْحابُهم، وَأَنْكَرُوها عَلى مَالِكٍ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ الوَصِيَّةَ تَصِحُّ بِمَوْتِ المُوصِي، وَقبولِ المُوصى لَهُ إِيَّاهَا بَعْدَ مَوتِ المُوصِي.

وَإِذَا صَحَّ مِلْكُ المُوصى لَهُ لِلشَّيْءِ المُوصى بِهِ، فَكَيْفَ تَجُوزُ فِيهِ المُعاوضَةُ بِثُلثٍ لا يبلغُ إلا معرفتَهُ، وَلا يوقفُ على حَقِيقَتِهِ.

وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّهُ لا تَجُوزُ البِيَاعَاتُ وَالمُعاوضَاتُ فِي المَجْهُولاتِ.

وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لا يَحِلُّ مِلْكُ مَالِكٍ إِلا عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ، فَكَيْفَ يُؤْخَذُ مِنَ المُوصى لَهُ مَا قَدْ مَلَكَهُ بِمَوْتِ المُوصِي، وَقُبولِهِ لَهُ بِغَيْرِ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ.

وَمِنْ حُجَّةِ مَالِكٍ أَنَّ الثُّلثَ مَوضعٌ لِلْوَصَايَا، فَإِذَا امْتَنَعَ الوَرَثَةُ أَنْ يُخرِجُوا مَا أوصى بِهِ المَيِّتُ، [وَزَعَمُوا أَنَّهُ تَعَدَّى فِيهِ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلثِ خُيِّرُوا بَيْنَ أَنْ يُسلِّمُوا لِلْمُوصى لَهُ مَا أوصى بِهِ المَيِّتُ لَهُمْ]، أو يُسلمُوا إليهِ ثُلثَ الميتِ، كَما لَو جنى العَبْدُ جِنَايَةً قِيمَتُها مائةُ دِرْهَم، وَالعَبْدُ قِيمَتُهُ ألفٌ كَانَ سَيِّدُهُ مُخَيَّراً بَيْنَ أَنْ يُؤَدِّيَ أَرْشَ الجِنَايَةِ، فَلا يَكُونُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيهِ إِلى العَبْدِ سَبِيلٌ، وَبَيْنَ أَنْ يُسلمَ العَبْدَ إِليهِ، وَإِنْ كَانَ يُساوِي أَضْعافَ قِيمَةِ الجِنَايَةِ.

قال أبو عمر: الَّذِي أَقُولُ بِهِ أَنَّ الوَرَثَةَ إِذا ادَّعوا أَنَّ الشَّيْءَ المُوصى بِهِ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلثِ كُلِّفُوا بيانَ ذَلِكَ، فَإِذا ظَهرَ ذَلِكَ، وَكَانَ كَما ذَكَرُوا أَكْثَرَ مِنَ الثُّلثِ يأخذُ مِنَ المُوصى لَهُ قَدْرَ ثُلثِ مَالِ المَيِّتِ، وَكانَ شَرِيكاً لِلْوَرَثَةِ بِذَلِكَ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ الثُّلثَ فَأَقَلَّ أُجْبِرُوا عَلى الخُرُوجِ عَنْهُ إِلى المُوصى لَهُ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ لا شَرِيكَ لَهُ.

---

(١) الموطأ، ص٧٦٤.

٤ ـ باب أمر الحامل والمريض والذي يحضر القتال في أموالهم

١٤٦٣ ـ قَالَ مَالِكٌ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي وَصِيَّةِ الْحَامِلِ وَفِي قَضَايَاهَا فِي مَالِهَا وَمَا يَجُوزُ لَهَا، أَنَّ الْحَامِلَ كَالْمَرِيضِ، فَإِذَا كَانَ الْمَرَضُ الْخَفِيفُ، غَيْرُ الْمَخُوفِ عَلَى صَاحِبِهِ، فَإِنَّ صَاحِبَهُ يَصْنَعُ فِي مَالِهِ مَا يَشَاءُ، وَإِذَا كَانَ الْمَرَضُ الْمَخُوفُ عَلَيْهِ، لَمْ يَجُزْ لِصَاحِبِهِ شَيْءٌ، إلا فِي ثُلُثِهِ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ الْحَامِلُ، أَوَّلُ حَمْلِهَا بِشْرٌ وَسُرُورٌ، وَلَيْسَ بِمَرَضٍ وَلا خَوْفٍ؛ لأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿فَبَشَّرْنَاهَا بِإِسْحَاقَ وَمِن وَرَاءِ إِسْحَاقَ يَعْقُوبَ﴾ [هود: ٧١] وَقَالَ: ﴿حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَت دَّعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَّنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾ [الأعراف: ١٨٩].

فَالْمَرْأَةُ الْحَامِلُ إِذَا أَثْقَلَتْ لَمْ يَجُزْ لَهَا قَضَاءٌ إلا فِي ثُلُثِهَا، فَأَوَّلُ الإِتْمَام سِتَّةُ أَشْهُرٍ، قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعالَى فِي كِتَابِهِ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقال: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] فَإِذَا مَضَتْ لِلْحَامِلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْم حَمَلَتْ لَمْ يَجُزْ لَهَا قَضَاءٌ فِي مَالِهَا، إلا فِي الثُّلُثِ.

قَالَ مَالِكٌ: فِي الرَّجُلِ يَحْضُرُ الْقِتَالَ: إِنَّهُ إِذَا زَحَفَ فِي الصَّفِ لِلْقِتَالِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي مَالِهِ شَيْئاً، إلا فِي الثُّلُثِ، وَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْحَامِلِ وَالْمَرِيضِ الْمَخُوفِ عَلَيْهِ، مَا كَانَ بِتِلْكَ الْحَالِ.

قال أبو عمر: أَصْلُ عَلامَاتِ الْمَرَضِ الَّذِي يلْزَمُ بِهِ صَاحِبُهُ الفِرَاشَ، وَلا يعذرُ مَعَهُ على شَيْءٍ مِنَ التَّصَرُّفِ، وَيغلِبُ عَلى القُلُوبِ أَنَّهُ يتخوفُ عَلَيهِ مِنْهُ المَوت إِذَا كَانَتْ هَذِهِ حَالَ المَرِيضِ.

فَالعُلَمَاءُ مُجْمِعُونَ قَدِيماً وَحَدِيثاً عَلى أَنَّهُ لا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي مَالِهِ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلثِ.

وَأَمَّا الحَامِلُ، فَأَجْمَعُوا عَلى أَنَّ مَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حَمْلِهَا هِيَ فِيهِ كَالصَّحِيحِ فِي أَفْعالِهِ، وَتَصَرّفِهِ فِي مَالِهِ.

وَأَجْمَعُوا أَيضاً أَنَّها إِذا ضربَها المخاضُ، وَالطَّلقُ أَنَّها كَالمَرِيضِ المُخوفِ عليهِ، لا يُنفذُ لَها فِي مَالِها أَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِها.

١٤٦٣ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ٤ (أمر الحامل والمريض والذي يحضر القتال في أموالهم) من كتاب الوصية.

وَاخْتَلَفُوا فِي حَالِها إذا بَلَغَتْ سِتَّةَ أَشْهُرٍ مِنْ حَمْلِها إلى حِينِ يَحْضرُها الطَّلقُ:

فَقَالَ مَالِكٌ مَا وَصَفَهُ فِي مَوطئِهِ عَلى مَا ذَكَرْناهُ.

وَهُوَ قَولُ اللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحَاقَ، وَطَائِفَةٍ مِنَ السَّلَفِ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافعيُّ وأَصْحَابُهما، والثَّوريُّ، وَعُبيدُ اللَّهِ بْنُ الحَسَنِ، وَالأَوْزَاعِيُّ، وَأَبُو ثَورٍ، وَدَاوُدُ: الحَامِلُ كَالصَّحِيحِ مَا لَمْ يَكُنِ المخاضَ، وَالطَّلقَ، أو يَحْدُثَ بِها مِنَ الحَمْلِ مَا تَصِيرُ به صَاحِبَةَ فِرَاشٍ.

وَأَجْمَعَ العُلماءُ عَلى أَنَّ مَنْ بَلَغَتْ مِنْهُ الجراحُ إِنْ أنفذَتْ مَقاتلهُ، أو قدمَ لِلقَتْلِ فِي قصاصٍ، أو لِرَجْمٍ فِي زِنا أَنَّهُ لا يَجُوزُ لَهُ مِنَ القَضاءِ فِي مَالِهِ إلا مَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ صَاحِبِ الفِراشِ المُخوفِ عَلَيهِ.

وَكَذَلِكَ الَّذِي يبرزُ فِي الْتِحَامِ الحَرْبِ [لِلْقِتالِ].

وَأَجْمَعَ العُلماءُ عَلى أَنَّ عتقَ المَرِيضِ صَاحِبِ الفِراشِ الثَّقِيلِ المَرَضِ لِعَبِيدِهِ فِي مَرَضِهِ إِذَا مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ، لا يَنفذُ مِنْهُ إلا مَا يحملُ ثُلث مالِهِ.

وَثبتَ ذَلِكَ عَنِ النبيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ عمرانَ بْنِ حصينٍ، [وَغيرِهِ فِي الَّذِي أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيرُهُم، ثُمَّ مَاتَ، فَأَقْرَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُم، وَعتقَ ـ ثُلثَهُم ـ اثْنَيْنِ، وَأَرقَّ ثُلُثَيْهِمْ أَرْبَعَةً][(١)].

وَأَجْمَعَ الجُمْهُورُ مِنَ العُلماءِ الَّذِينَ هُمْ حُجَّةٌ عَلى مَنْ خَالَفَهُمْ أَنَّ هِبَاتِ المَرِيضِ، وَصَدقاتِهِ، وَسَائِرَ عَطاياهُ إِذَا كَانَتْ حَالُهُ مَا وَصفْنَا لا ينفذُ مِنْها إلا مَا حملَ ثُلثُهُ.

وَقالَ دَاوُدُ، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ: أمَّا عتقُ المَرِيضِ فَعلى مَا جَاءَ فِي الحَدِيثِ عَنِ النبيِّ ﷺ فِي الَّذِي أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ فِي مَرَضِهِ، لا مَالَ لَهُ غيرهُم ينفذُ مِنْ ذَلِكَ الثُّلث.

وَأَمَّا هِبَاتُهُ، وَصَدَقَاتُهُ وَمَا يهْدِيهِ وَيعْطِيه، وَهُوَ حَيٌّ، فَنَافِذٌ ذَلِكَ كُلّهُ جَائزٌ عَليهِ مَاضٍ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ؛ لأَنَّهُ لَيسَ بِوَصِيَّةٍ، وَإِنَّما الوَصِيَّةُ مَا يستحقُّ بِمَوْتِ المُوصِي.

وَقالَ الجُمْهُورُ مِن العلْماءِ، وَجماعَةِ أَهْلِ الفَتْوى بِالأَمْصارِ: إِنَّ هِبَاتِ المَرِيضِ كُلِّها وَعتقَهُ، وَصَدَقَاتِهِ، لَو صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ نَفذَ ذَلِكَ كُلُّهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ، وَيُرَاعُونَ فِيها مَا عَدَا العَتْقِ القبضَ على مَا ذَكَرْنا فِي أُصُولِهم مِنْ قَبضِ الهِبَاتِ، وَالصَّدقَاتِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ هَذَا الكِتَابِ.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

وَقالَ دَاوُد، وَأهْلُ الظَّاهِرِ: أمَّا العتْقُ خَاصَّةً فِي المَرَضِ، فلا ينفذُ مِنهُ إلا الثُّلثُ مَاتَ المعْتَقُ مِنْ مَرَضِهِ، أو صَحَّ؛ لأنَّ المَرضَ لا يعلمُ مَا مِنْهُ المَوتُ، وَمَا مِنهُ الصِّحَّةُ إلا اللَّهُ تعالى.

وَقَدْ أجازَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عتْقَ ثُلثِ العَبيدِ الَّذِينَ أعْتَقَهُم سَيِّدُهُم بِالمَرَضِ، وَلا مَالَ لَهُ غَيرهُم.

قال أبو عمر: الحُجَّةُ عَلى دَاوُدَ قَائِمَةٌ بِنَصِّ الحَدِيثِ؛ لأنَّ فِيهِ أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ إنَّما أقْرَعَ بَيْنَ العَبِيدِ بَعْدَ مَوتِ سَيِّدهِمْ، وتَغيظَ عَلَيهِ، وَقالَ: «لَقَدْ هَمَمْتُ ألا أُصَلِّيَ عَلَيهِ مَا أعْتقَ جَمِيعَهم»، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيرهُم.

وَهذِهِ الألْفَاظُ مَحْفُوظَةٌ فِي حَدِيثِ عمْرانَ بْنِ حصينٍ.

وَقَدْ ذَكَرْنا كَثِيراً مِنْهُ فِي «التَّمْهِيدِ»، وَفِي كِتابِ العتْقِ مَنْ هَذا الكِتَابِ، وَاللَّهُ المُوَفِّقُ لِلصَّوابِ.

٥ ـ باب الوصية للوارث والحيازة

١٤٦٤ ـ قَالَ مَالِكٌ فِي هَذِهِ الآيَةِ: إنَّهَا مَنْسُوخَةٌ، قَوْلُ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعالَى: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] نَسَخَهَا مَا نَزَلَ مِنْ قِسْمَةِ الْفَرائِضِ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ القَولُ فِي هَذِهِ الآيَةِ، وَذَكَرْنَا مَا لِلْعُلماءِ فِيها مِنَ التَّنَازُعِ، وَهَلْ هِيَ مَنْسُوخَةٌ أو مُحْكَمَةٌ، وَمَا النَّاسِخُ لَها مِنَ القُرآنِ والسُّنَّةِ فِي بَابِ الأمْرِ بِالْوَصِيَّةِ مِنْ هَذَا الكِتَابِ، فَلا مَعْنى لإعَادَةِ ذَلِكَ هُنا.

قَالَ مَالِكٌ: السُّنَّةُ الثَّابِتَةُ عِنْدَنَا الَّتِي لا اخْتِلافَ فِيها أنَّهُ لا تَجُوزُ وَصِيَّةٌ لِوَارِثٍ، إلا أنْ يُجِيزَ لَهُ ذَلِكَ وَرَثَةُ المَيِّتِ، وَأنَّهُ إنْ أجازَ لَهُ بَعْضُهُمْ، وَأبى بَعْضٌ، جَازَ لَهُ حَقُّ مَنْ أجازَ مِنْهُم، وَمَنْ أَبَى، أخَذَ حَقَّهُ مِنْ ذَلِكَ.

وَهذِهِ المَسْألَةُ قَدْ مَضَتْ أيضاً مُجَوَّدَةً فِيمَا لِلْعُلماءِ فيها مِنَ الأقْوالِ وَالاعْتِلالِ فِي بَابِ الأمْرِ بِالوَصِيَة مِنْ كِتَابِنا هذَا، فَلا وَجْهَ لِتِكْرارِها.

قَالَ: وَسَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ فِي المَرِيضِ الَّذِي يُوصِي، فَيَسْتَأْذِنُ وَرَثَتَهُ فِي وَصِيَّتِهِ وَهُوَ مَرِيضٌ، لَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ إلا ثُلُثُهُ، فَيَأْذَنُونَ لَهُ أنْ يُوصِيَ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ بِأكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ: إنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ أنْ يَرجِعُوا فِي ذَلِكَ وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَهُمْ، صَنَعَ كُلُّ وَارِثٍ ذَلِكَ فَإذَا

١٤٦٤ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ٥ (الوصية للوارث والحيازة) من كتاب الوصية.

هَلَكَ الْمُوصِي، أَخَذُوا ذَلِكَ لأنْفُسِهِمْ، وَمنَعُوهُ الْوَصِيَّةِ فِي ثُلُثِهِ، وَمَا أُذِنَ لَهُ بِهِ فِي مَالِهِ[١].

قَالَ: فَأَمَّا أَنْ يَسْتَأْذِنَ وَرَثَتَهُ فِي وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا لِوَارِثٍ فِي صِحَّتِهِ، فَيَأْذَنُونَ لَهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَلْزَمُهُمْ، وَلِوَرَثَتِهِ أَنْ يَرُدُّوا ذَلِكَ إِنْ شَاؤوا، وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَانَ صَحِيحاً كَانَ أَحَقَّ بِجَمِيعِ مَالِهِ، يَصْنَعُ فِيهِ مَا شَاءَ، إِنْ شَاءَ أَنْ يُخْرِجَ مِنْ جَمِيعِهِ، خَرَجَ فَيَتَصَدَّقُ بِهِ، أَوْ يُعْطِيهِ مَنْ شَاءَ، وَإِنَّمَا يَكُونُ اسْتِئْذَانُهُ وَرَثَتَهُ جَائِزاً عَلَى الْوَرَثَةِ، إِذَا أَذِنُوا لَهُ حِينَ يُحْجَبُ عَنْهُ مَالُهُ، وَلا يَجُوزُ لَهُ شَيْءٌ إِلا فِي ثُلُثِهِ، وَحِينَ هُمْ أَحَقُّ بِثُلُثَيْ مَالِهِ مِنْهُ، فَذَلِكَ حِينَ يَجُوزُ عَلَيْهِم أَمْرُهُمْ وَمَا أَذِنُوا لَهُ بِهِ، فَإِنْ سَأَلَ بَعْضَ وَرَثَتِهِ أَنْ يَهَبَ لَهُ مِيرَاثَهُ حِينَ تَحْضُرُهُ الْوَفَاةُ فَيَفْعَلُ، ثُمَّ لا يَقْضِي فِيهِ الْهَالِكُ شَيْئاً، فَإِنَّهُ رَدٌّ عَلَى مَنْ وَهَبَهُ، إِلا أَنْ يَقُولَ لَهُ الْمَيِّتُ: فُلانٌ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ، ضَعِيفٌ، وَقَدْ أَحْبَبْتُ أَنْ تَهَبَ لَهُ مِيرَاثَكَ فَأَعْطَاهُ إِيَّاهُ فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ إِذَا سَمَّاهُ الْمَيِّتُ لَهُ.

قَالَ: وَإِنْ وَهَبَ لَهُ مِيرَاثَهُ، ثُمَّ أَنْفَذَ الْهَالِكُ بَعْضَهُ وَبَقِيَ بَعْضٌ، فَهُوَ رَدٌّ عَلَى الَّذِي وَهَبَ، يَرْجِعُ إِلَيْهِ مَا بَقِيَ بَعْدَ وَفَاةِ الَّذِي أُعْطِيَهُ[٢].

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ على ثلاثَةِ أَقْوَالٍ:

أحدها: قَولُ مَالِكٍ: إِنْ أَذِنَ الوَرَثَةُ لِلْمَرِيضِ فِي حَالِ مَرَضِهِ أَنْ يُوصِيَ لِوَارِثِهِ، أو بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ، فَهُوَ لازِمٌ لَهُمْ إِلا أَنْ يَكُونُوا مِمَّنْ يُخافُ دُخُولُ الضَّرَرِ عَلَيهِم مِنْ منعِ رِفْدٍ، وَإِحسانٍ، وَقَطْعِ نَفَقَةٍ وَمَعْرُوفٍ، وَنَحوِ هَذا إِنِ امْتَنَعُوا، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لَمْ يَضُرُّهم إِذْنُهم، وَكانَ لَهُم الرُّجُوعُ فِيما أَذِنُوا فِيهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، رَوى ذَلِكَ ابْنُ القَاسِمِ وَغَيرُهُ عَنْهُ، وَإِنِ اسْتَأْذَنَهُم فِي صِحَّتِهِ، فَأَذِنُوا لَهُ لَمْ يَلْزَمْهُم بِحَالٍ مِنَ الأحْوَالِ.

وَالقَول الثَّاني: إِنْ أَذِنَ لَهُم فِي الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ سَوَاء، وَيلْزِمُهم إِذْنُهم بَعْدَ مَوتِهِ، وَلا رُجُوعَ لَهُم، رُوِيَ ذَلِكَ عَنِ الزُّهريِّ، وَرَبِيعةَ، والحَسَنِ، وَعَطاءٍ، وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ، وَالصَّحِيحُ عَنْهُ ما فِي مُوَطَّئِهِ، وَهُوَ المشْهُورُ عَنْهُ مِنْ مَذْهَبِهِ.

وَالقَول الثَّالث: إِنَّ إِذْنَهم، وَإِجَازَتَهم لِوَصِيَّتِهِ فِي صِحَّتِهِ وَمَرضِهِ سَواءٌ، وَلا يَلْزَمُهم شَيْءٌ مِنْهُ، إِلا أَنْ يُجِيزُوا ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ حِينَ يَجِبُ لَهُم المِيرَاثُ، وَيَجِبُ لِلْمُوصى لَهُ الوَصِيَّةُ؛ لأَنَّهُ قَدْ يَمُوتُ مِنْ مَرَضِهِ، وَقَدْ لا يَمُوتُ، وَقَدْ يَمُوتُ ذَلِكَ الوَارِثُ المُسْتَأْذَنُ قَبلَهُ، فَلا يَكُونُ وَارِثاً، وَيَرِثُهُ غَيْرُهُ، وَمَنْ أَجازَ مَا لا حَقَّ لَهُ فِيهِ، وَلَمْ يَجِبْ لَهُ، فَلَيسَ فِعْلُهُ ذَلِكَ بِلازِمٍ لَهُ.

---

(١) الموطأ، ص٧٦٥، ٧٦٦.

(٢) الموطأ، ص٧٦٦.

وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهما، وَسُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَشُرَيحٍ، وَطَاوسٍ.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِيمَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ فَذَكَرَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ أَعْطى بَعض وَرَثَتِهِ شَيْئاً لَمْ يَقْبِضْهُ فَأَبى الْوَرَثَةُ أَنْ يُجِيزُوا ذَلِكَ فَإِنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى الْوَرَثَةِ مِيرَاثاً عَلَى كِتَابِ اللَّهِ؛ لأَنَّ الْمَيِّتِ لَمْ يُرِدْ أَنْ يَقَعَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ، وَلا يُحاصُّ أَهْلُ الْوَصَايَا فِي ثُلُثِهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ.

قال أبو عمر: هَذِهِ وَصِيَّةُ الوَارِثِ، لَمْ يعلمْ بها إلا فِي المَرضِ، أو عطيَّةٌ مِنْ صَحِيح ذَكَرها فِي وَصِيَّتِهِ لِيخرجَ مِنْ ثُلثِهِ، فَحكمُها حُكْمُ العطيَّةِ فِي المَرَضِ، فَإِذَا لَمْ يُجزْهاَ الوَرَثَةُ لَمْ يَجُزْ، وَلا سَبِيلَ أَنْ يَكُونَ مِنْ إِقْرَارِهِ فِي مَرَضِهِ شَيْءٌ ينقلُ إلى حُكْم الصِّحَّةِ عِنْدَ جَماعَةِ أَئِمَّةِ الفُقهاءِ الَّذِين تَدُورُ عَلَيهم الفُتْيَا كَما لَو أَقرَّ فِي صِحَّتِهِ لَمْ يحكمْ لَهُ بِحُكْم الإِقْرارِ فِي المَرَضِ.

وَهَذا رَجُلٌ أَرَادَ أَنْ يَصْنَعَ، وَهُوَ مَرِيضٌ صَنِيعَ صَحِيح، فَيُعْطِي الوَارِثَ وَهُوَ مَرِيضٌ عَطِيَّتَهُ مِنْ رَأسِ مَالِهِ، فَلَمْ يُجزْ لَهُ ذَلِكَ أَهْلُ العِلْم، إِلَّا أَنَّهُ لَو قَالَ فِي مَرَضِهِ، وَهُوَ مَرِيضٌ: كُنْتُ أَعْطَيْتُهُ شَيْئاً فِي صِحَّتِي لَمْ يَقْبضْهُ وَأَنا أُوصي بِهِ لَهُ الآنَ، فَهَذا مَوْقُوفٌ عَلى إِجَازَةِ الوَرَثَةِ.

وَلَو كَانَ لأَجْنَبِيٍّ، وَقَدْ قَالَ انفذُوا لَهُ مَا أَعْطيتُهُ في الصِّحَّةِ، فَقَدْ أَوْصَيْتُ لَهُ بِهِ، وَأَنْفذْتُهُ لَهُ كَانَ ذَلِكَ جَائِزاً لَهُ مِنْ ثُلثِهِ، رَضِيَ الوَرَثَةُ بِذَلِكَ، أو لَمْ يَرْضَوا، إِلا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلثِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ مِنْ إِجَازَتِهِم عَلى مَا قَدَّمْنا.

وَهَذا كُلُّهُ قَولُ جَماعَةِ الفُقهاءِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

٦ ـ باب ما جاء في المؤنث من الرجال، ومن أحق بالولد

١٤٦٥ ـ مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ مُخَنَّثاً كَانَ عِنْدَ أُمِّ سَلَمَةَ،

(١) الموطأ، ص٧٦٦.

١٤٦٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥، من كتاب الوصية، باب ٦ (ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد)، وقد أخرجه البخاري في المغازي، باب ٥٦ (غزوة الطائف في شوال سنة ثمان) حديث ٤٣٢٤، ومسلم في السلام، باب ١٣ (منع المخنث من الدخول على النساء الأجانب) حديث ٣٢، وأبو داود في الأدب حديث ٤٩٢٩، وابن ماجه في النكاح حديث ١٩٠٢، والحدود حديث ٢٦١٤.

زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ. فَقَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَسْمَعُ: يَا عَبْدَ اللَّهِ، إِنْ فَتَحَ اللَّهُ عَلَيْكُمُ الطَّائِفَ غَداً، فَأَنَا أَدُلُّكَ عَلَى ابْنَةِ غَيْلانَ، فَإِنَّهَا تُقْبِلُ بِأَرْبَعٍ[١] وَتُدْبِرُ بِثَمَانٍ[٢]. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «لا يَدْخُلَنَّ هَؤُلاءِ عَلَيْكُم».

قال أبو عمر: هَكَذَا رَوَى هَذا الحَدِيثَ جماعَةُ رُوَاةِ «المُوطَّأ» عَنْ مَالِكٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أبيهِ مُرْسلاً، إلا سَعْدَ بْنَ أبي مَرْيَم، فَإِنَّهُ رَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ هِشَامٍ، عَنْ أبيهِ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ.

وَلَمْ يَسْمَعْهُ عُرْوَةُ مِنْ أُمِّ سَلَمَةَ؛ لأنَّ ابْنَ عُيَيْنَةَ وغَيْرَهُ رووهُ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أبيهِ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أبي سَلَمَةَ، عَنْ أُمِّها أُمِّ سَلَمَة.

وَهَذا أصَحُّ أَسَانِيدِهِ عِنْدِي، وَقَدْ ذَكَرْتُهُ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَرَواهُ مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، وَهِشَامُ بْنُ عُروةَ، عَنْ عروةَ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: يَدْخُلُ عَلى بَعْضِ أَزْوَاجِ النَّبيِّ ﷺ مُخَنَّثٌ، فَكانُوا يَعُدُّونَهُ مِنْ غيرِ أُولي الإرْبةِ، فَدَخلَ النَّبيُّ ﷺ يوماً، وَهُوَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ، وَهُوَ ينعتُ امْرأَةً، فَقالَ: إنَّها إذا أقْبلتْ أقْبَلَتْ بِأرْبَعٍ، وَإِذا أدْبَرَتْ أَدْبَرَتْ بِثَمَانٍ، فَقالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «ألا أرى هَذا يعْلمُ مَا هَا هُنَا، لا يَدْخُلَنَّ هَذا عَلَيْكُنَّ»، فَحجبُوهُ[٣].

قال أبو عمر: إنَّما قالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لا يَدْخُلَنَّ عَلَيْكُم هَذا، وَلَمْ يَقُلْ عَلَيْكُنَّ؛ لأنَّهُ خَاطَبَ الرِّجَالَ ألا يَدْخُلَ بِيُوتَهُم عَلى نِسَائِهِمْ، فَحجبُوهُ.

فَهَكَذَا رِوَايَةُ مَالِكٍ وَغيرِهِ: «عَلَيكُم»، وَقَدْ رُوِيَ: «لا يَدْخُلَنَّ هَذا عَلَيْكُنَّ» مُخاطَبَةً مِنْهُ لِنِسَائِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

حدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدِ بْنِ يَحْيَى، قَالَ: حَدَّثَني مُحمدُ بْنُ أحْمدَ قالَ: حدَّثَني يَحْيَى بْنُ مُحمدِ بْنِ زِيادٍ، قالَ: حدَّثني أحْمَدُ بْنُ عَبْدِ الجَبَّارِ، قالَ: حَدَّثَني يُونُسُ بْنُ بكيرٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عرْوَةَ، عَنْ أبِيهِ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أُمِّ سَلَمةَ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ، قالَتْ: كَانَ عِنْدِي مُخَنَّثٌ، فَقالَ لِعَبْدِ اللَّهِ أخِي: إنْ فَتَحَ اللَّهُ عَلَيْكُم الطَّائِفَ غَداً، فَإِنِّي أَدُلُّكَ عَلى ابْنَةِ غَيْلانَ، فَإنَّها تُقْبِلُ بِأَرْبَعٍ وَتُدْبِرُ بِثَمَانٍ، فَسَمِعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَولَهُ، فَقالَ: «لا يَدْخُلَنَّ هَؤُلاءِ عَلَيْكُمْ».

---

(١) تقبل بأربع: من العَكَن، والعكنة هي ما انطوى وتثنى من لحم البطن سمناً.

(٢) تدبر بثمان: معنا، أن في بطنها أربع عكن ينعطف بعضها على بعض، فإذا أقبلت رؤيت مواضعها بارزة متكسراً بعضها على بعض وإذا أدبرت كان أطرافها عند منقطع جنبيها ثمانية.

(٣) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود في اللباس باب ٣٣، وأحمد في المسند ٦/ ١٥٢.

وَبِهِ عَنْ يُونُسَ بْنِ بكيرٍ، عَنِ ابْنِ إِسْحاقَ، قالَ: وَقَدْ كَانَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَولى لِخَالَتِهِ، فَاخِتَةَ ابْنَةِ عَمْرِو بْنِ عَائِذٍ مُخَنَّثٌ، يُقَالُ له: مَاتِعٌ: يَدْخُلُ عَلى نِساءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَيَكُونُ فِي بَيْتِهِ، وَلا يرى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ يفطنُ بِشَيْءٍ مِنْ أَمْرِ النِّساءِ مِمَّا يفطنُ إليهِ الرِّجالُ، وَلا يرى أَنَّ لَهُ فِي ذَلِكَ إرباً، فَسَمِعَهُ يَقُولُ لِخَالِدِ بْنِ الوَلِيدِ: يَا خَالِدُ! إِنْ فَتحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الطَّائِفَ، فَلا يَنْفَلِتَنَّ مِنكُم بَادِيَةُ ابْنَةُ غَيْلانَ بْنِ سَلمةَ، فَإِنَّها تُقْبِلُ بِأَرْبعٍ، وَتُدْبِرُ بِثَمانٍ، فَقالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حِينَ سَمِعَها مِنْهُ: «لا أرى هَذا الخَبِيثَ يفطنُ لما أَسْمعُ»، ثُمَّ قَالَ لِنسائِهِ: «لا يَدْخُلَنَّ عَلَيْكُنَّ»، فَحجب عَنْ بُيوتِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

هَكَذا قَالَ ابْنُ إِسْحاقَ فِي هَذا المُؤَنثِ أَنَّ اسْمَهُ مَاتِعٌ، وَلَمْ يَقُلْهُ غَيرُهُ فيما عَلِمْتُ، وَالأَكْثَرُ عَلى أَنَّ اسْمَهُ «هِيت».

كَذَلِكَ ذَكَرَ (حَبيبٌ) عَنْ مَالِكٍ، وَكَذَلِكَ رَواهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنِ ابْنِ جُريجٍ أَنَّ اسْمَ ذَلِكَ المُخَنَّثِ هيت، وَهُوَ قَولُ الوَاقِدِيِّ، وَابْنِ الكَلْبِيِّ.

وَقالَ ابْنُ إِسْحاقَ: وقد كان مع رسول الله ﷺ مَولى خَالَتِهِ، فَاخِتَةَ بِنْتِ عَمْرِو بْنِ عَائِذِ بْنِ عمرانَ [بْنِ مخزومٍ المخزوميِّ.

وَقالَ ابْنُ الكلبيِّ: كانَ هيت المُخَنَّثُ] مَولى لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ أُمَيَّةَ أَخِي أُمِّ سَلَمَةَ، قالَ: وَكانَ طويسُ مَولى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أبي أُمَيَّةَ أيضاً.

وَقالَ ابْنُ إسحاقَ: فَقالَ لِخَالِدِ بْنِ الوَلِيدِ، وَقالُوا كُلُّهم: فَقالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ أبي أُمَيَّةَ.

كَذَلِكَ فِي الحَدِيثِ المُسْنَدِ، وَهُوَ الصَّوَابُ، وَهُوَ قَولُ ابْنِ إِسْحاقَ، وَغَيْرِهِ، اسْتُشْهِدَ يَومَ الطَّائِفِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي أُمَيَّةَ أَخُو أُمِّ سَلَمَةَ.

وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ الكلبيِّ، وَالوَاقِدِيِّ أَنَّ هَيْتا هَذا المُخَنَّث قَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ أبي أُمَيَّةَ، وَهُوَ أَخُو أُمِّ سَلمةَ لأبِيها، وَأُمُّهُ عَاتِكَةُ: يا عَبْدَ اللَّهِ ـ وَهُوَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَيْتِ أُمِّ سَلمةَ ـ: إِنِ افْتَتَحْتُمُ الطَّائِفَ، فَعَلَيكَ بِبادِيَةَ بِنْتِ غَيْلانَ بْنِ سَلَمَةَ الثقفيِّ فَإِنَّها تُقْبِلُ بِأَرْبَعٍ، وَتُدْبِرُ بِثَمانٍ مَعَ ثَغْرٍ كالأُقْحُوانِ إِنْ قَعَدَتْ تَثَنَّتْ، وَإِنْ تَكَلَّمتْ تَغَنَّتْ بَيْنَ رِجْلَيْهَا مِثْلُ الإِنَاءِ المكفُوّ، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَسْمَعُ. فَقالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَقَدْ غَلْغَلْتَ النَّظَرَ إِلَيْهَا يَا عَدُوَّ اللَّهِ»، ثُمَّ أَجلاهُ عَنِ المَدِينَةِ إِلى الحمى.

قالَ: فَلمَّا افْتُتِحَتِ الطَّائِفُ تَزَوَّجَها عَبْدُ الرَّحْمنِ بْنُ عَوفٍ، فَوَلَدتْ لَهُ بريهةَ.

هَذَا قَولُ ابْنِ الكلبيِّ، قَالَ: وَلَمْ يَزَلْ هيتُ بِذَلِكَ المَكانِ حَتَّى قُبِضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ،

فلمَّا وَلِي أبُو بكرٍ كُلِّمَ فِيهِ، فَأبى أنْ يَرُدَّهُ، فلمَّا وَلِيَ عُمَرُ كلمَ فِيهِ، وَقِيلَ: إنَهُ قَدْ كَبُرَ، وَضَعُفَ، وَاحْتاجَ، فَأَذِنَ لَهُ أنْ يَدْخُلَ كُلَّ جُمعةٍ، فَيَسْأَلُ النَّاسَ، ثُمَّ يَرْجِعُ إلى مَكانِهِ.

وَأَمَّا قَولُهُ: تُقْبِلُ بِأرْبعٍ وَتُدْبِرُ بِثمانٍ، فَقَدْ فَسَّرَهُ حبيبٌ عَنْ مَالِكٍ، وَذكرَ غَيْرُهُ بِأكْثَرَ مِنْ ذِلِكَ مِنْ مَعْناهُ بِما نَذْكُرُهُ هَا هُنا أَنَّ المَرْأَةَ وَصفَها المُخَنَّثُ بِأنَّها امْرَأَةٌ لَها فِي بَطْنِها أَرْبَعُ عُكَنٍ تَبلغُ خصْرتَها، فَتَصِيرُ لَها أَرْبَعَةُ أطْرافٍ فِي كُلِّ خصرٍ، فَتَصِيرُ ثَمانِياً أرْبَعاً مِنْ هُنا وَأَرْبَعاً مِنْ هُنا، فَإِذَا أَقْبَلَتْ إِلَيكَ وَاسْتَقْبَلْتَها رَأَيْتَ فِي بَطْنِها أَرْبَعَ عُكَنٍ، فَإِذَا أَدْبَرَتْ رَأَيتَ ثَمانِياً مِنْ جِهَةِ الأَطْرَافِ فِي خصْرَيها.

هَكَذا فَسَّرَهُ كُلُّ مَنْ تَكَلَّمَ فِي هَذا الحَدِيثِ، وَاسْتَشهدَ بَعْضُهم عَليهِ بِقَولِ النَّابِغَةِ فِي قَوَائِمِ نَاقَتِهِ:

علَى هَضَباتٍ بينَما هُنَّ أربعٌ ... أَنَخْنَ لِتعريسٍ فَعُدْنَ ثَمانِيا

وَقَدْ رُوِيَ خَبَرُ هَذا المُخَنَّثِ مِنْ حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ بِتَمامِهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَفِي الحَدِيثِ مِنَ الفِقْهِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ دُخُولُ أَحَدٍ مِنَ المُخنثِينَ، وَهُمُ الَّذِينَ يُدْعَونَ عِنْدَنا المُؤَنَّثِينَ عَلى النِّساءِ، وَأَنَّهم لَيسُوا مِنَ الَّذِينَ قَالَ اللَّهُ فِيهم ﴿غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١].

وَهَذِهِ الصِّفَةُ هُوَ الأَبْلَهُ الأَحْمَقُ العِنِّينُ الَّذِي لا إربَ لَهُ فِي النِّسَاءِ، وَلا يفْطنُ بِشَيْءٍ مِنْ مَعَايبِهِنَّ، وَمَحاسِنِهِنَّ، فَمَنْ كَانَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَمْ يَكُنْ بِدخُولِهِ عَلى النَّاسِ بَأْسٌ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ظَنَّ بِهيت المُخنَّثِ أَنَّهُ مِمَّنْ هذِهِ صِفَتُهُ، فَلَمَّا سَمِعَ مِنْهُ مَا سَمِعَ أَمَرَ بِأَنْ لا يَدْخُلَ عَلى النِّساءِ، ثُمَّ أَخْرَجَهُ مِنَ المَدِينَةِ، وَنَفَاهُ عَنْهَا.

وَهَذا أَصْلٌ فِي كُلِّ مَنْ يُتَأَذَّى بِهِ، وَلا يقْدرُ عَلى الاحْتِرَاسِ مِنْهُ أَنْ يُنْفى إِلى مَكانٍ يُؤْمَنُ فِيهِ مِنْهُ الأذى.

قال أبو عمر: قَدْ صَحَّفَ قَومٌ مِنَ الرُّواةِ اسْمَ ابْنَةِ غَيْلانَ هَذِهِ، والصَّوَابُ فِيهِ «بَادِيَةُ» بِالبَاءِ وَاليَاءَ، وَهُوَ مَأْخُوذٌ مِنْ بَدَا يَبْدُو أَيْ ظَهَرَ، فَكَأَنَّها سُمِّيَتْ ظَاهِرَةً.

هَذا مَعْنى مَا ذَكَرَهُ الزُّبيرُ وَغَيرُهُ، وَبِاللَّهِ التَّوفيقُ.

١٤٦٦ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ؛ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ يَقُولُ: كَانَتْ عِنْدَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ امْرَأَةٌ مِنَ الأَنْصَارِ، فَوَلَدَتْ لَهُ عَاصِمَ بْنَ عُمَرَ،

١٤٦٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٦، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٥.

ثُمَّ إِنَّهُ فَارَقَها، فَجاءَ عُمَرُ قُباءَ، فَوَجَدَ ابْنَهُ عَاصِماً يَلْعَبُ بِفِناءِ الْمَسْجِدِ، فَأَخَذَ بِعَضُدِهِ، فَوَضَعَهُ بَيْنَ يَدَيْهِ عَلى الدَّابَّةِ، فَأَدْرَكَتْهُ جَدَّةُ الْغُلامِ، فَنَازَعَتْهُ إِيَّاهُ[1]، حَتَّى أَتَيا أَبَا بَكْرٍ الصِّدِيقَ، فَقَالَ عُمَرُ: ابْنِي، وَقَالَتِ الْمَرأَةُ: ابْنِي. فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: خَلِّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ، قَالَ، فَمَا رَاجَعَهُ عُمَرُ الْكَلامَ، قَالَ: وَسَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ: وَهَذَا الأَمْرُ الَّذِي آخُذُ بِهِ فِي ذَلِكَ.

قال أبو عمر: هَذا خَبَرٌ مُنْقَطِعٌ فِي هَذ الرِّوَايَةِ، وَلَكِنَّهُ مَشْهُورٌ مَرْوِيٌّ مِنْ وُجُوهٍ مُنْقَطِعَةٍ وَمُتَصِلَةٍ، تَلَقَّاهُ أَهْلُ العِلْمِ بِالقُبولِ وَالعَمَلِ.

وَزَوْجُ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ أُمُّ ابْنِهِ عَاصِمِ بْنِ عُمَرَ هِيَ جميلَةُ ابْنَةُ عَاصِمِ بْنِ ثابت بْنِ أبي الأَقْلَحِ الأنْصارِيِّ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِما يَنْبَغِي مِنْ ذِكْرِهِ فِي الصَّحابَةِ. وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ عُمَرَ كَانَ مَذْهَبُهُ فِي ذَلِكَ خِلافَ مَذْهَبِ أبي بَكْرٍ، وَلَكِنَّهُ سلمَ لِلْقَضاءِ مِمَّنْ لَهُ الحُكْمُ وَالقَضاءُ، ثُمَّ كَانَ بَعْدُ فِي خِلافَتِهِ يَقْضِي بِهِ، وَيفْتِي، وَلَمْ يُخالِفْ أبا بَكْرٍ فِي شَيْءٍ مِنْهُ مَا دَامَ الصَّبِيُّ صَغِيراً، لا يميزُ، وَلا مُخالِفَ لَهُما مِنَ الصَّحابَةِ.

ذكرَ حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، عَنْ قَتادَةَ، وَعَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ القَاسِمِ بْنِ مُحمدٍ، قالَ: إِنَّ عُمَرَ طَلَّقَ جميلَةَ ابْنَةَ عَاصِمٍ، فَجاءَتْ جَدَّتُهُ الشموسُ، فَذَهَبَتْ بِالصَّبِيِّ، فجاءَ عُمَرُ عَلى فَرَسٍ، فَقالَ: أَيْنَ ابْنِي؟ فَقِيلَ: ذَهَبَتْ بِهِ الشموسُ فَدفعَ، فَلحقَها، فخاصَمَها إلى أبِي بَكْرٍ، فَقضى لَها أبُو بَكْرٍ بِهِ، وَقالَ: هِيَ أَحَقُّ بِحَضَانَتِهِ.

وَذكرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنْ يَحيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ القَاسِمِ بْنِ مُحمدٍ، قالَ: أَبْصرَ عُمَرُ عَاصِماً ابْنَهُ مَعَ جَدَّتِهِ أُمِّ أُمِّهِ فَكَأَنَّهُ جَاذَبَها إِيَّاهُ، فَلَمَّا رَآهُ أَبُو بَكْرٍ مُقْبِلاً قَالَ لَهُ: مَهْ مَهْ، هِيَ أَحَقُّ بِهِ، فَمَا رَاجَعَهُ الكَلامَ.

وَعَنِ ابْنِ جُرَيجٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ عَنْ عَطاءِ الخراسانيِّ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: طَلَّقَ عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ امْرَأَتَهُ الأَنْصارِيَّةَ أُمَ ابْنِهِ عَاصِمٍ، فَلَقِيها تَحْمِلُهُ بِمُحَسِّرٍ، وَقَدْ فُطِمَ، وَمَشى، فَأَخَذَ بِيَدِهِ لِيَنْتَزِعَهُ مِنْها، وَنَازَعَها إِيَّاهُ حَتَّى أَوجَعَ الغُلامَ، وَبكى، وَقالَ: أَنا أَحَقُّ بِابْنِي مِنْكِ، فَاخْتَصَمَا إِلى أَبِي بَكْرٍ، فَقَضى لَها بِهِ، وَقالَ: رِيحُها وَحجرُها، وَفِراشُها خَيْرٌ لَهُ مِنْكَ حَتَّى يشبَّ وَيَخْتارَ لِنَفْسِهِ.

وَمُحَسِّرٌ سُوقٌ بَيْنَ قُباءٍ، وَالمَدِينَةِ.

وَعَنِ الثَّوريِّ، عَنْ عَاصِمٍ، عَنْ عِكْرِمَةَ، قَالَ: خَاصَمَتِ امْرَأَةُ عُمَرَ إِلى أَبِي

---

(١) نازعته إياه: أي طلبت أخذه منه فامتنع.

بَكْرٍ، وَكانَ طَلَّقَها، فَقالَ أبو بَكْرٍ: الأمُّ أعْطَفُ، وَأَلْطَفُ، وَأرْحَمُ، وَأحَقُّ، وَأرْأفُ، هِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِها ما لَمْ تَتَزَوَّجْ.

وَعَنْ مَعمرٍ، قَالَ: سَمِعْتُ الزُّهريَّ يُحدثُ أنَّ أبَا بَكْرٍ قَضى عَلى عُمَرَ فِي ابْنِهِ مَعَ أُمِّهِ، وَقالَ: أُمُّهُ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ.

قال أبو عمر: مِنَ الحَديثِ فِي ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بِمُوَافَقَتِهِ أبَا بَكْرٍ رضي الله عَنْهُما مَا رَواهُ مَعمرٌ، عَنْ أيُّوبَ، عَنْ إسْماعِيلَ بْنِ عُبيدِ اللَّهِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ غنم، قَالَ: اخْتُصِمَ إلى عُمَرَ فِي صَبِيٍّ، فَقالَ عُمَرُ: هُوَ مَعَ أُمِّهِ حَتَّى يعربَ عَنْهُ لِسَانُهُ، فَيَخْتَارُ.

وَرُوِيَ هَذا عَنْ عُمَرَ مِنْ وُجُوهٍ كَثِيرَةٍ، ذَكَرَها عَبْدُ الرَّزَّاقِ وَغَيرُهُ.

وَفِي ذَلِكَ تَخْييرُ الصَّبيِّ إذَا مَيَّزَ كَما تَقَدَّمَ ذِكْرَهُ عَنْ أبِي بَكْرٍ.

وَقَدْ رُوِيَ عَن النَّبيِّ ﷺ رَواهُ يَحْيى بْنُ أبي كثيرٍ، وَزِيادُ بْنُ سَعْدٍ، عَنْ هِلالِ بْنِ أسامة أنَّ أبا مَيْمُونَةَ - سُليمانَ - مَولى مِنْ أهْلِ المَدِينَةِ أخْبَرَهُ أنَّهُ سَمِعَ أبا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: جَاءَتْ أُمٌّ وَأبٌ يَخْتَصِمَانِ إلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ابْن لَهُما، فَقالَتِ المَرْأةُ للنَّبيِّ ﷺ: فداكَ أبِي وَأُمِّي يَا رَسُولَ اللَّهِ؛ إنَّ زَوجِي يُرِيدُ أنْ يَذْهَبَ بِابْنِي، وَقَدْ سَقَانِي مِنْ بِئْرِ أبي عنبةَ، وَنفعَني، فَقالَ النَّبيُّ ﷺ: «يَا غُلامُ! هَذا أبُوكَ، وَهَذِهِ أُمُّكَ، فَخُذْ بِيَدِ أَيِّهِمَا شِئْتَ، فَأخَذَ بِيَدِ أُمِّهِ فَانْطَلَقَتْ بِهِ»[١].

قال أبو عمر: لا أعْلَمُ خِلافاً بَيْنَ السَّلَفِ مِنَ العُلماءِ، وَالخَلفِ فِي المَرْأةِ المُطَلَّقَةِ إذا لَمْ تَتَزَوَّجْ أنَّها أحَقُّ بِوَلَدِها مِنْ أَبِيهِ مَا دَامَ طِفْلاً صَغِيراً، لا يميزُ شَيْئاً إذَا كَانَ عِنْدَها فِي حرزٍ وَكِفَايَةٍ، وَلَمْ يَثْبتْ منها فسْقٌ، وَلَمْ تَتَزَوَّجَ.

ثُمَّ اخْتَلَفُوا بَعْدَ ذَلِكَ فِي تَخْييرِهِ إذا ميزَ وَعقلَ بَيْنَ أُمِّهِ، وَبَيْنَ أبِيهِ، وَفِيمَنْ هُوَ أولى بِهِ ذَلِكَ عَلى مَا نَذْكُرُهُ عَنْ أئِمَّةِ الفُقهاءِ الَّذِينَ تَدُورُ عَلَيهم بِأمْصارِ المُسْلِمِين الفُتْيَا إنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ.

وَمِمَّنْ خَيَّرَ الصَّبيَّ المميزَ بَيْنَ أبَوَيْهِ مِنَ السَّلَفِ: عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ، وَغَيْرُهُ.

رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ يَزِيدَ بْنِ جَابِرٍ عَنْ إسْمَاعِيلَ بْنِ أبي عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي المُهاجِرِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ غنمٍ الأشعريِّ أنَّهُ حَضرَ عُمَرَ بْنَ الخطَّابِ خَيَّرَ صَبيًّا بَيْنَ أُمِّهِ وَأَبِيهِ.

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق باب ٣٥، حديث ٢٢٧٧، والنسائي في الطلاق باب ٥٢، والدارمي في الطلاق باب ١٦. وأخرجه أيضاً الترمذي في الأحكام باب ٢١، بلفظ: عن أبي ميمونة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه.

وَعَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الجرميّ، عَنْ عمارَةَ الجرميّ، قالَ: قَدمَ عَمّي مِنَ البَصْرَةِ، يُرِيدُ أنْ يَأخُذَنِي مِنْ أُمّي، فَأرسَلَتْنِي أُمّي إلى عَلِيِّ بْنِ أبي طَالِبٍ أدْعُوهُ إليها، فَدَعَوْتُهُ، فَخَيَّرَنِي بَيْنَ أُمّي، وَعَمّي.

قَالَ: وَأبْصَرَ عَلِيٌّ أخاً لِي أصْغَرَ مِنّي مَعَ أُمّي، فَقالَ: وَهَذا إذَا بَلَغَ مَبْلَغَ هَذا خُيِّرَ.

وعَنْ سُفْيَانَ، عَنْ أيُّوبَ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، عَنْ شُرَيحٍ أنَّهُ خَيَّرَ غُلاماً بَيْنَ أبِيهِ، وَأُمِّهِ.

قَالَ سُفْيَانُ: الأمُّ أحَقُّ بِهِ مَا دَامَ صَغِيراً، فَإذَا بَلَغَ سِتّاً وَعقلَ خُيِّرَ بَيْنَ أبَوَيْهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ شُرَيْحٍ شَيْءٌ ظَاهِرُهُ خِلافُ مَا وَصَفْنا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ؛ لأنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنْهُ مَا ذَكَرْنَا. وَبِاللَّهِ تَوْفِقُنَا.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: أخْبرنا مَعمرٌ، عَنْ أيُّوبَ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، عَنْ شُرَيحٍ، قَالَ: الأبُ أحَقُّ، وَالأمُّ أرْفَقُ.

[رَوَاهُ هشيمٌ، قالَ: أخْبرنا يُونُسُ، وَابْنُ عونٍ، وَهِشامٌ. وَأشْعَثُ، كُلُّهم عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، عَنْ شُرَيحٍ، قالَ: الأبُ أحَقُّ، والأمُّ أرْفَقُ].

وَهَذا كَلامٌ مُجمَلٌ يحتَمِلُ أنْ يَكُونَ الأبُ أحَقُّ بِهِ إذا تَزَوَّجَتِ الأمُّ على مَا عَلَيهِ جَمَاعَةُ العُلماءِ بِحَسبِ مَا نُورِدُهُ بِحَولِ اللَّهِ تَعالى.

وَيَدُلُّ عَلى صِحَّةِ مَا تَأوَّلْنَاهُ عَلى شُرَيحٍ أنَّهُ قَدْ رَوَى عَنْهُ بِهَذا الإسْنَادِ، مَعمرٌ، عنْ أيُّوبَ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ أنَّ شُرَيْحاً قَضى أنَّ الصَّبيَّ مَعَ أُمِّهِ إذا كَانَتِ الدَّارُ وَاحِدَةً، وَيَكُونُ مَعَهُم مِنَ النَّفَقَةِ مَا يُصْلِحُهُمْ.

وَابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ أيُّوبَ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، أنَّ امْرَأةً كَانَتْ بِالكُوفَةِ، فَأرَادَتْ أنْ تَخرُجَ بِوَلَدِها إلى البَادِيَةِ، فَخَاصَمَها العَصبةُ إلى شُريحٍ، فَقالَ: هُمْ مَعَ أُمِّهِمْ مَا كَانَتِ الدَّارُ وَاحِدَةً، فَإذَا أرَادَتْ أنْ تَخْرُجَ بِهِمْ أُخِذُوا مِنْها، وَقَال: الأبُ أحَقُّ، وَالأمُّ أرْفَقُ.

سُفْيَانُ عَنْ زَكَرِيَّا بْنِ أبي زَائِدةَ أنَّ امْرَأةً أرَادَتْ أنْ تَخْرُجَ بِوَلَدِها إلى الرّستاقِ فَاخْتَصَمُوا إلى الشَّعبيِّ، فَقَالَ: العَصبةُ أحَقُّ.

قال أبو عمر: عَلى هَذا جُمْهُورُ الفُقهاءِ عِنْدِ انْتِقالِ الأمِّ عَنْ حَضرةِ الأبِ، وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ.

وَأمَّا مَذَاهِبُ الفُقهاءِ فِي الحَضَانَةِ:

فَذَكَرَ ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ مَالِكٍ، قَالَ: الأمُّ أحَقُّ بِالوَلَدِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ، ثُمَّ لا حَضانَةَ

لَها، بِذَلِكَ قَضى أبُو بَكْرٍ عَلى عُمَرَ، فَإذَا أثغروا فوقَ ذَلِكَ، فَلا حَضانَةَ لَها.

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ المُطَلَّقَةِ، وَلَها ابْنُ فِي الكُتَّابِ، أو بِنْتٌ قَدْ بَلَغَتِ الحَيْضَ: لِلأَبِ أنْ يَأْخُذَهُما؟.

فَقالَ مَالِكٌ: لا أرى ذَلِكَ، لَهُ أنْ يُؤَدِّبَ الغُلامَ، وَيُعَلِّمَهُ، وَيقلبَهُ إلى أُمِّهِ، وَلا يُفَرِّقْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ، وَلَكِنْ يَتعاهَدَهُ فِي كُتَّابِهِ، وَيَقَرُّ عِنْدَ أُمِّهِ، وَيَتعاهَدُ الجارِيَة، وَهِيَ عِنْدَ أُمها مَا لَمْ تنكحْ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلِلْجَدَّةِ مِنَ الأمِّ الحضَانَةُ بَعْدَ الأمِّ، ثُمَّ الجَدَّةُ مِنَ الأبِ.

قَال: وَلَيسَ لِلأمِّ، وَلا لِلْجَدَّةِ أنْ يَخْرُجَا بِالوَلَدِ إلى بَلَدٍ بَعِيدٍ عَنْ أَبِيهِ، وَأهْلِ بَيْتِهِ.

وَذَكَرَ ابْنُ القَاسم، عَنْ مَالِكٍ أنَّ وَلَدَ المَرْأةِ إذَا كَانَ ذَكَراً، فَهِيَ أولى بِحَضَانَتِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ، وَيُدْخلُ بِهاَ حَتَّى يَبْلغَ، فَإذَا بَلَغَ ذَهَبَ حَيْثُ شَاءَ.

خَالَفَ ابْنُ القَاسِمِ رِوَايَةَ ابْنِ وَهْبٍ فِي اعْتِبارِ البُلوغِ.

وَقَدْ ذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ الرِّوَايَتَيْنِ.

قَالَ ابْنُ القَاسم، عَنْ مَالِكٍ: وَالأمُّ أحَقُّ بِحضَانَةِ ابْنَتِها، وَإنْ بَلَغَتِ الجَارِيَةُ مَا لَمْ تَتزَوَّجْ، وعَلى الأبِ نَفَقَةُ ابْنَتِهِ إذَا كَانَ يَجِدُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَأولِيَاءُ الوَلَدِ أولى بِهِمْ - وَإنْ كَانُوا صِغَاراً - مِنْ أُمِّهم إذا نكحَتْ.

قَالَ مَالِكٌ: فَإذَا تَزَوَّجَتِ الأمُّ، فَالجَدَّةُ مِنَ الأمِّ أولى، فَإنْ طَلَّقَها زَوْجُها بَعْدَ الدُّخولِ بِها لَمْ يُرَدَّ إلَيها الوَلَدُ، وَكَذَلِكَ إنْ سلمتْهُ الأمُّ اسْتِثْقَالاً للوَلَدِ، ثُمَّ طَلَبَتْهُ لَمْ يُرَدَّ إلَيها.

قَالَ ابْنُ القَاسم عَنْهُ: فَإنْ مَاتَتْ جَدَّتُهُ لأمِّهِ، فَخَالَتُهُ أولى بِحَضَانَتِهِ، ثُمَّ بعدَها جَدَّتُهُ لأبِيهِ، ثُمَّ الأخْتُ، ثِمَّ العَمَّةُ، وَبِنْتُ الأخ أولى بِالوَلَدِ مِنَ العصَبَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَالِكٌ تخْيِيرَ الوَلَدِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، قَالَ: وَيُنْظَرُ لِلْولَدِ بِالَّذِي هُوَ أكْفأُ وَأحْوطُ.

وَقالَ الثَّوريُّ: إنْ تَزَوَّجتِ الأمُّ، فَالخَالَةُ: أحَقُّ بِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ تَخْييراً.

وَقالَ الأوْزَاعِيُّ: الأمُ إذَا تَزَوَّجت، فَالعَمُّ أحَقُّ مِنَ الجَدَّةِ أُمِّ الأمِّ، وَإنْ طَلَّقَها زَوْجُها، ثُمَّ أَرَادَتْ أَخْذَ الوَلَدِ، لَمْ يَكُنْ لَها ذَلِكَ، وَلَمْ يَذْكُرْ تَخْيِيرَ الصَّبِيِّ.

وَذُكِرَ عَنِ الأوْزَاعِيِّ أيضاً: الأمُّ أحَقُّ بِالوَلَدِ، وَعَلى الأبِ النَّفَقَةُ، فَإنْ تَزَوَّجَتْ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، فَإنْ سلَّمَتْهُ إلى جَدَّتِهِ، فَمَتى ارْتَجَعَتْهُ مِنْهُ رَدَّ عليها نَفقَتَها، وَالجَدَّةُ أُمُّ الأبِ أولى مِنَ العَمَّةِ إذا قَوِيَتْ عَلى النَّفَقةِ، وَلا تَعُودُ حَضانَةُ الأمِّ بِطَلاقِها.

وَاللَّيْثُ: الأمُّ أحَقُّ بِالابْنِ حَتَّى يَبْلغَ ثَمَانِيَ سِنِينَ، أو تِسْعَ سِنِينَ، أو عَشراً، ثُمَّ الأبُ أولى بِالجَارِيَةِ حَتَّى تَبْلُغَ فَإنْ كَانَتِ الأمُّ غَيْرَ مرضيةٍ فِي نَفْسِها، وأدبها لِوَلَدِها أُخِذَ مِنْها إذَا بَلَغَ.

وَقالَ الحَسَنُ بْنُ حَيّ إذَا كَانَتِ الابْنَةُ كَاعِباً، وَالغُلامُ قَدْ أيْفَعَ، وَاسْتَغْنى عَنْ أُمِّهِ خُيِّرَا بَيْنَ أبَوَيْهِما، فَأيهما اخْتَارَا فَهُوَ أولى، فَإنِ اخْتارَا بَعْدَ ذَلِكَ الآخر حُوّلَ، وَمتى طُلِّقَتْ بَعْدَ التَّزْوِيجِ رَجعَ حَقُّها، فَإنْ كَانَ أحَدُ الأبَوَيْنِ غَيْرَ مَأْمُونٍ كَانَتْ عِنْدَ المَأْمُونِ حتَّى يبلغَ.

وَالبِكْرُ إذا بَلَغَتْ، فَأخْتارُ لَها أنْ تَكُونَ مَعَ أَحَدِهِما، فَإِنْ أَبَتْ، وَهِيَ مَأْمُونَةٌ، فلها ذَلِكَ.

وَالابْنُ إذا بَلَغَ، وَأُونِسَ رُشْدُهُ وَلِيَ نَفْسَهُ.

وَقالَ الشَّافعيُّ: إذا بَلَغَ الوَلَدُ سَبْعَ سِنِينَ أو ثَمانِيَ سِنِينَ خُيِّرَ إذَا كَانَتْ دَارُهُما وَاحِدَةً، وَكَانَا مَأْمُونَيْنِ عَلى الوَلَدِ يعْقلُ عقلَ مِثْلِهِ، فَإذَا كَانَ أَحَدُهُما غَيْرَ مَأْمُونٍ، فَهُوَ عِنْدَ المَأْمُونِ مِنْهُما، كَانَ الوَلَد ذَكَراً أو أُنْثى، فَإِنْ مُنِعَتِ المَرْأةُ مِنَ الوَلَدِ بِالزَّوجِ، فَطَلَّقَها طَلاقاً رَجْعِيًا، أو غَيْرَهُ رَجَعَتْ عَلى حَقِّها فِي وَلَدِها؛ لأنَّها مُنِعتْ لِوَجْهٍ، فَإذَا ذَهَب، فَهِي كَما كَانَتْ.

وَهُوَ قَولُ المُغِيرَةِ، وَابْنِ أبي حَازِمٍ.

وَعَلى الأبِ نَفَقَتُهُ، وَيُؤدِّبُهُ بِالكِتَابِ، وَالصِّناعَةِ إنْ كَانَ مِنْ أهْلِها، وَيَأْوي إلى أُمِّهِ، [وَلا يُمْنَعُ] إنِ اخْتَارَ الأمَّ مِنْ إتْيَانِ الأبِ [وَلا الأمّ مِنْ إتْيَانِ ابْنَتِها، وَتَمْرِيضِها عِنْدَ الأبِ].

قالَ: وَالأمُّ أحَقُّ بِالوَلَدِ الصَّغِيرِ ما لَمْ تَتَزَوَّجْ، ثُمَّ الجَدَّةُ لِلأُمِّ، وَإنْ عَلَتْ، ثُمَّ الجَدَّةُ لِلأَبِ، وَإنْ عَلَتْ، ثُمَّ الأخْتُ لِلأَبِ وَالأمِّ، ثُمَّ الأخْتُ لِلأَبِ، ثُمَّ الأخْتُ للأُمِّ، ثُمَّ الخَالَةُ، ثُمَّ العَمَّةُ.

وَلا وِلايَةَ لأمِّ أبِ الأمِّ؛ لأنَّ قَرَابَتها بِأَبٍ لا بِأُمٍّ.

وَقَرابَةُ الصَّبيِّ مِنَ النِّساءِ أولى، وَإنْ كَانَ الوَلَدُ مَخْبُولاً، فَهُوَ كَالصَّغِيرِ.

قَالَ: وَلا حَقَّ لأحَدٍ مَعَ الأبِ غَيْرَ الأمِّ، وَأُمَّهاتِها، فَأمَّا أخَوَاتُها، وَغَيْرُهُنَّ فَإنَّما حُقوقُهنَّ بِالأبِ، فَلا يَكُونُ لَهُنَّ حَقٌّ مَعَهُ، وَهُنَّ يدْلينَ بِهِ.

وَالجَدُّ أبُو الأبِ يَقُومُ مقامَ الأبِ إذَا لَمْ يَكُنْ أبٌ، وَأقْرَبُ العَصَبَةِ يَقُومُ مقامَ الأبِ إذا لَمْ يَكُنْ أبٌ، أو كَانَ غَائِباً، أو غَيرَ رَشِيدٍ.

وَأَمَّا قَولُ الكُوفِيِّينَ، فروى أبُو يُوسُفَ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، قالَ: الأمُّ أولى بِالغُلام وَالجارِيَةِ الصَّغِيرَيْنِ، ثُمَّ الجَدَّةُ مِنَ الأمِّ، ثُمَّ الجَدَّةُ مِنَ الأبِ، ثُمَّ الأخْتُ للأُمِّ، وَالأبِ، ثُمَّ الأخْتُ للأمِّ، ثُمَّ الخالَةُ فِي أَحَدِ الرِّوَايَتَيْنِ هِيَ أَحَقُّ مِنَ الأُخْتِ لأبٍ، وَفِي الأُخْرى: الأخْتُ أولى، ثُمَّ العَمَّةُ، وَالأمُّ وَالجَدَّتانِ أولى بِالجَارِيَةِ حَتَّى تَبْلُغَ المَحيضَ وَبالغُلام حَتَّى يَسْتَغْنِيَ، فَيأْكُل وَحْدَهُ، وَيَشْرَب وَحْدَهُ، وَيَلْبس وَحْدَهُ، وَمَنْ سِوَاهُما أَحَقُّ بِهِما حَتَّى يَسْتَغْنِيا وَلا يُراعى البُلُوغُ.

وَقالَ زُفَرُ فِي رِوايَةِ عَمْرو بْنِ خَالِدٍ عَنْهُ: الخَالَةُ أولى مِنَ الأخْتِ للأبِ.

وَقالَ أبُو يُوسُفَ: الأخْتُ أولى.

وَرُوِيَ عَنْ عَمْرو بْنِ خَالِدٍ أيضاً عَنْ زُفَرَ: الخَالَةُ للأَبِ أولى مِنَ الجَدَّةِ للأَبِ.

وَروى الحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْهُ أنَّ الجَدَّةَ أُمَّ الأمِّ أولى بِحَضَانَةِ الوَلَدِ بَعْدَ الأمِّ، ثُمَّ أمَّ الأبِ، ثُمَّ الأخْت مِنْ قِبَلِ الأبِ وَالأمِّ، وَالأخْتَ مِنْ قِبَلِ الأمِّ يَتَسَاوَيَانِ فِي الحَضَانَةِ، وَلا تَتَقَدَّمُ إِحْدَاهُما فِيهِ الأخْرى، ثُمَّ الأخْتُ مِنْ قِبَلِ الأمِّ، ثُمَّ الخَالَةُ، ثُمَّ العَمَّةُ، فَإِذَا تَزَوَّجَتْ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ لِغَيرِ ذِي رَحِمٍ كَانَ غَيْرُها أولى إِذَا كَانَ زَوْجُها ذَا رَحِمٍ مِنَ الوَلَدِ، وَمَتى عَادَتِ الأمُّ أو غَيْرُها غَيْرَ ذَاتِ زَوجٍ عَادَتْ إِلَيها حَضَانَتُها.

قال أبو عمر: فِي الخَالَةِ حَدِيثُ عَلِيٍّ، وَابْنِ عَبَّاسٍ أنَّ عَلِيّا وَجَعْفَرَ، وَزَيْدَ بْنَ حَارِثَةَ تَرَافَعُوا إلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ابْنَةِ حَمْزَةَ فِي حِينِ دُخُولِهِ مَكَّةَ، فَقَضى بِها رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِجَعْفَرٍ مِنْ أَجْلِ أنَّ خَالَتَها عِنْدَهُ، وَقالَ: «الخَالَةُ أُمٌّ، أو، بِمَنْزِلَةِ الأمِّ»[١].

حدَّثناهُ عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفيانَ، قَالَ: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبغ، قالَ حَدَّثَنِي أَحْمَدُ بْنُ جُريج، قالَ: حدَّثني خَلفُ بْنُ الوَلِيدِ، قالَ: حدَّثني إِسْرَائِيلُ، عَنْ أبي إِسْحاقَ، عَنْ هَانِيء بْنِ هَانِيء، وَهُبيرةُ بْنُ يريم، عَنْ عَلِيٍّ، فَذَكَرَ حَدِيثاً بِمَعْنى مَا ذَكَرْتُ إلا أنِّي اخْتَصَرْتُهُ.

وَروى حَفْصُ بْنُ غياثٍ، عَنْ حجاجٍ، عَنِ الحَكَمِ، عَنْ مقسمٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ مِثْلَهُ بِمَعْناهُ.

---

(١) أخرجه البخاري في الصلح باب ٦، والمغازي باب ٤٣، وأبو داود في الطلاق باب ٣٥، حديث ٢٢٨٠، والترمذي في البر باب ٦.

٧ ـ باب العيب في السلعة وضمانها

١٤٦٧ ـ قَالَ مَالِكٌ: فِي الرَّجُلِ يَبْتَاعُ السِّلْعَةَ مِنَ الْحَيَوَانِ أَوِ الثِّيَابِ أَوِ الْعُرُوضِ فَيُوجَدُ ذَلِكَ الْبَيْعُ غَيْرَ جَائِزٍ، فَيُرَدُّ وَيُؤْمَرُ الَّذِي قَبَضَ السِّلْعَةَ أَنْ يَرُدَّ إِلَى صَاحِبِهِ سِلْعَتَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السِّلْعَةِ إلا قِيمَتها يَوْمَ قُبِضَتْ مِنْهُ، وَلَيْسَ يَوْمَ يَرُدُّ ذَلِكَ إِلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ ضَمِنَهَا مِنْ يَوْمِ قَبَضَهَا، فَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ نُقْصَانٍ بَعْدَ ذَلِكَ كَانَ عَلَيْهِ، فَبِذَلِكَ كَانَ نماؤُهَا وَزِيَادَتُهَا لَهُ، وَإِنَّ الرَّجُلَ يَقْبِضُ السِّلْعَةَ فِي زَمَانٍ هِيَ فِيهِ نَافِقَةٌ[(١)]، مَرْغُوبٌ فِيهَا، ثُمَّ يَرُدُّهَا فِي زَمَانٍ هِيَ فِيهِ سَاقِطَةٌ[(٢)]، لا يُرِيدُهَا أَحَدٌ، فَيَقْبِضُ الرَّجُلُ السِّلْعَةَ مِنَ الرَّجُلِ، فَيَبِيعُهَا بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ، وَيُمْسِكُهَا وَثَمَنُهَا ذَلِكَ، ثُمَّ يَرُدُّهَا وَإِنَّمَا ثَمَنُهَا دِينَارٌ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَذْهَبَ مِنَ مَالِ الرَّجُلِ بِتِسْعَةِ دَنَانِيرَ، أَوْ يَقْبِضُهَا مِنْهُ الرَّجُلُ فَيَبِيعهَا بِدِينَارٍ، أَوْ يُمْسِكهَا، وَإِنَّمَا ثَمَنُهَا دِينَارٌ، ثُمَّ يَرُدُّهَا وَقِيمَتُهَا يَوْمَ يَرُدُّهَا عَشَرَةُ دَنَانِيرَ، فَلَيْسَ عَلَى الَّذِي قَبَضَهَا أَنْ يَغْرَمَ لِصَاحِبِهَا مِنْ مَالِهِ تِسْعَةَ دَنَانِيرَ، إِنَّمَا عَلَيْهِ قِيمَةُ مَا قَبَضَ يَوْمَ قَبْضِهِ.

قَالَ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ: أَنَّ السَّارِقَ إِذَا سَرَقَ السِّلْعَةَ، فَإِنَّمَا يُنْظَرُ إِلَى ثَمَنِهَا يَوْمَ يَسْرِقُهَا، فَإِنْ كَانَ يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، كَانَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَإِنِ اسْتَأْخَرَ قَطْعُهُ، إِمَّا فِي سِجْنٍ يُحْبَسُ فِيهِ حَتَّى يُنْظَرَ فِي شَأْنِهِ، وَإِمَّا أَنْ يَهْرُبَ السَّارِقُ ثُمَّ يُؤْخَذ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَيْسَ اسْتِئْخَارُ قَطْعِهِ بِالَّذِي يَضَعُ عَنْهُ حَدّاً[(٣)] قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ يَوْمَ سَرَقَ، وَإِنْ رَخُصَتْ تِلْكَ السِّلْعَةُ بَعْدَ ذَلِكَ وَلا بِالَّذِي يُوجِبُ عَلَيْهِ قَطْعاً لَمْ يَكُنْ وَجَبَ عَلَيْهِ يَوْمَ أَخَذَهَا، إِنْ غَلَتْ تِلْكَ السِّلْعَةُ بَعْدَ ذَلِكَ.

قال أبو عمر: بَنَى مَالِكٌ ـ رحمه الله ـ هَذَا البَابَ على مَذْهَبِهِ فِيمَنْ ضمنَ شَيْئاً أَنَّهُ يُطِيبُ لَهُ النَّماءُ وَالرِّبْحُ فِيهِ، وَالنُّقْصانُ.

وَأَمَّا اشْتِرَاطُهُ فِي أَوَّلِ هَذا البَابِ الحَيَوانَ وَالعُرُوضَ وَالثِّيابَ دُونَ العقارِ، فَإِنَّ مَذْهَبَهُ المَشْهُورَ المَعْمُولَ بِهِ عِنْدَ أَصْحابِهِ أَنَّ حَوالَةَ الأَسْوَاقِ بِالنّماءِ والنُّقْصانِ فِي الأَثْمَانِ فَوتٌ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ كُلِّهِ إذا كَانَ فِي شَيْءٍ مِنَ العُرُوضِ، أو الثِّيابِ، أو

١٤٦٧ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ٧ (العيب في السلعة وضمانها) من كتاب الوصية.

(١) نافقة: أي رابحة.

(٢) ساقطة: أي باشرة كاسدة.

(٣) يضع عنه حداً: أي يسقط عنه الحد.

الحَيوانِ، وكَانَ المُشْتَرِي قَدْ قَبضَهُ وتَغيَّرَ أو حَالَتْ أسْوَاقُهُ، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ لَزِمَتْهُ فِيهِ القِيمَةُ، ولَمْ يردَّهُ.

وَأمَّا العقَارُ، فَلَيْسَ حوالةُ الأَسْوَاقِ فِيهِ فَوْتاً عِنْدَهُم، وَلا يَفُوتُ العَقارُ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ إلا بخرُوجِهِ عَنْ يَدِ المُشْتَرِي، أو بِبُنيانٍ أو هَدْمٍ، أو غَرْسٍ.

وَلَمْ يَختَلِفُوا فِي العُرُوضِ كُلِّها مَن الحَيوانِ، أَوِ الثِّيَابِ، أو غَيْرِها أنَّ خُرُوجَها مِنْ يَدِ المُشْتَرِي فوتٌ أيضاً، وَأنَّ عَلَيهِ قِيمَتَها يومَ قَبضِها إلا أنْ تَكُونَ فَاتَتْ مِنْ يَدِهِ بِبَيْعٍ، ثُمَّ ردَّتْ إِلَيهِ، وَرَجعَتْ إلى مِلْكِهِ قَبْلَ أنْ تَتَغيَّرَ وَتحولَ أَسْوَاقُها، فَإِنَّ هَذا مَوْضعٌ اخْتُلِفَ فِيهِ قَولُ مَالِكٍ؛ فَقالَ مَرَّةً: عَلى أيِّ وَجْهٍ رَجَعت إِلَيهِ، وَلَمْ تَتَغيَّرْ سُوقُها، فَإِنَّهُ يَرُدُّها.

وَقالَ مَرَّةً: لا يَرُدُّها إِذْ قَدْ لَزِمَتْهُ القِيمَةُ، يَعْنِي بِفَوْتِها بِالبَيْعِ، وَلَو كَانَتِ السِّلْعَةُ عَبْداً، أو أمَةً اشْتَرَاهَا شِرَاءً فَاسِداً ثُمَّ أعْتَقَها، أو دَبَّرَ، أو كَاتَبَ، أو تَصَدَّقَ، أو وَهَبَ كَانَ ذَلِكَ كُلُّهُ فَوتاً إِذَا كَانَ ملياً بِالثَّمَنِ، وَتَلْزَمُهُ القِيمَةُ يومَ فوتِ ذَلِكَ إلا أنْ تَكُونَ السِّلْعَةُ مِمَّا يُكالُ، أو يُوزَنُ، فَإِنَّهُ يَرُدُّ مِثْلَ مَا قَبضَ فِي صِفَتِهِ، وَكَيْلِهِ، وَوَزْنِهِ.

هَذَا كُلُّهُ تَحْصَيلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ، وَأصْحابِهِ، وَلَمْ يُتَابِعْ مَالِكاً فِي قَولِهِ عَلى أنَّ حَوَالَةَ الأسْوَاقِ بِالزِّيَادَةِ فِي الثَّمنِ، أو النُّقْصانِ فَوتٌ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ أحَدٌ مِنْ أئِمَّةِ الفَتْوى بِالأمْصارِ فيمَا عَلِمْتُ إلا أصْحابهُ.

وَأمَّا الشَّافِعِيُّ فَتَصَرُّفُ المُشْتَرِي فِي المَبيعِ بَيْعاً فَاسِداً بَاطِلاً لا ينْفذُ، وَلا يَصحُّ فِيهِ هِبَتُهُ، وَلا تَدْبِيرُهُ، وَلا عِتقُهُ، وَلا بَيْعُهُ، وَلا شَيْءٌ، مِنْ تَصَرُّفِهِ، وَهُوَ مَفْسُوخٌ أبداً عِنْدَهُ، وَيردُّهُ بِحَالِهِ، وَهُوَ عَلى مِلْكِ البَائعِ، وَالمُصيبةُ مِنْهُ، وعِتقُ المُشْتَرِي لَهُ بَاطِلٌ، فَإِذَا فَاتَ عِنْدَ المُشْتَرِي بِذَهَابِ عَيْنِهِ، وَفَقْدِهِ، وَاسْتِهْلاكِهِ لَزِمَهُ فِيهِ القِيمَةُ فِي حِينِ فَوْتِهِ، وَذِهابُ عَيْنِهِ لا تُعْتَبرُ سوقُهُ، وَالبَيْعُ فَاسِدٌ عِنْدَهُ، حُكْمُهُ كَالمَغْصُوبِ سَوَاءً.

وَهُوَ قَولُ أحْمَدَ، وَإِسْحاقَ، وَأبِي ثَورٍ، وَدَاوُدَ.

قَالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحَابُهُ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الجَارِيَةَ شِرَاءً فَاسِداً، وَيَقْبِضُها، ثُمَّ يبيعُها، أو يَهَبُها، أو يمْهرُها، فَتَصِيرُ عِنْدَ المُشْتَرِي لَها مِنْهُ، أو عِنْدَ المَوْهُوبِ لَهُ، أو عِنْدَ المَرْأةِ المَمْهُورَةِ، فَعَلَيهِ ضَمانُ القِيمَةِ، وَفِعْلُهُ كُلُّهُ فِي ذَلِكَ جَائزٌ، وَكَذَلِكَ لَو كَاتَبَها، أو وَهَبَها، إلا أنَّ الجَارِيَةَ المَوْهُوبَةَ لَو افْتَكَّها قَبْلَ أنْ يضمنَهُ القَاضِي قِيمَتَها رَدَّها عَلى البَائعِ، وَكَذَلِكَ المُكَاتَبَةُ إنْ عَجَزَتْ عَنْ أداءِ الكِتَابَةِ.

قَالُوا: وَلَو رَدَّها المُشْتَرِي بِعَيْبٍ بَعْدَ القَبْضِ بِغَيْرِ قَضاءٍ، فَعَلَيهِ ضَمانُ القِيمَةِ وَلا يَرُدُّها عَلى البَائعِ، وَاللَّهُ المُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ.

٨ ـ باب جامع القضاء وكراهيته

١٤٦٨ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ؛ أَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ كَتَبَ إِلَى سَلْمَانَ الْفَارِسِيِّ: أَنْ هَلُمَّ إِلَى الأَرْضِ الْمُقَدَّسَةِ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ سَلْمَانُ: إِنَّ الأَرْضَ لا تُقدسُ أحداً[(١)]، وَإِنَّمَا يُقَدِّسُ الإِنْسَانَ عَمَلُهُ، وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّكَ جُعِلْتَ طَبِيباً تُدَاوِي، فَإِنْ كُنْتَ تُبْرِىءُ فَنِعِمَّا لَكَ، وَإِنْ كُنْتَ مُتَطَبِّباً فَاحْذَرْ أَنْ تَقْتُلَ إِنْسَاناً فَتَدْخُلَ النَّارَ، فَكَانَ أَبُو الدَّرْدَاءِ، إِذَا قَضَى بَيْنَ اثْنَيْنِ ثُمَّ أَدْبَرَا عَنْهُ، نَظَرَ إِلَيْهِمَا، وَقَالَ: ارْجِعَا إِلَيَّ، أَعِيدَا عَلَيَّ قِصتَّكُما. مُتَطَبِّبٌ، وَاللَّهِ.

قال أبو عمر: أَمَّا كَرَاهَةُ القَضاءِ بَيْنَ النَّاسِ، فَقَدْ كَرِهَهُ وَفَرَّ مِنْهُ جَمَاعَةٌ مِنْ فُضلاءِ العُلماءِ، وَذَلِكَ لِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ جُعِلَ قَاضِياً بَيْنَ النَّاسِ، فَقَدْ ذبحَ بِغَيرِ سِكِّينٍ»[(٢)].

حدَّثناهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قالَ: حَدَّثني مُحمدُ بْنُ بَكْرٍ، قالَ: حدَّثَني أبو دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثَني نَصْرُ بْنُ عَلِيٍّ، قالَ: حَدَّثَني بِشْرُ بْنُ عُمَرَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفرٍ، عَنْ عُثْمانَ بْنِ مُحمدِ الأخنسيِّ، عَنِ المقْبريِّ والأعرجُ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ قالَ: «مَنْ جُعِلَ قَاضِياً، فَقَدْ ذبحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ»[(٣)].

وَقالَ: حَدَّثني نَصْرُ بْنُ عَلِيٍّ قَالَ: حَدَّثَنِي فضيلُ بْنُ سُليمانَ، قالَ: حدَّثني عَمْرُو بْنُ أبِي عَمْرٍو، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أبي سَعِيدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قالَ: «مَنْ وَلِيَ القَضاءَ، فَقَدْ ذبحَ بغَيْرِ سِكِّينٍ»[(٤)].

وَقالَ: [حَدثناه محمد بن حسَّان السَّمتي] حَدَّثَنِي خَلفُ بْنُ خَلِيفَةَ عَنْ أَبِي هِشَام، عَنِ ابْنِ بُرَيدَةَ عَنْ أَبيهِ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ قَالَ: «القُضاةُ ثَلاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الجَنَّةِ، وَاثْنانِ فِي النَّارِ، فَأَمَّا الَّذِي فِي الجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرفَ الحَقَّ، فَقَضى بِهِ، وَرَجُلٌ عَرفَ الحَقَّ، فَجارَ فِي الحُكْمِ، فَهُوَ فِي النَّار، وَرَجُلٌ قضى لِلنَّاسِ على جَهْلٍ، فَهُوَ فِي النَّارِ»[(٥)].

١٤٦٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٧، من كتاب الوصية، باب ٨ (جامع القضاء وكراهيته).

(١) إن الأرض لا تقدس أحداً: أي لا تطهر، من ذنوبه ولا ترفعه إلى أعلى الدرجات.

(٢) أخرجه أبو داود في الأقضية باب ١، حديث ٣٥٧٢، والترمذي في الأحكام باب ١، وابن ماجه في الأحكام باب ١، وأحمد في المسند ٢/ ٢٣٠، ٣٦٥.

(٣) انظر الحاشية السابقة.

(٤) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود في الأقضية باب ١، حديث ٣٥٧١، والترمذي في الأحكام باب ١.

(٥) أخرجه أبو داود في الأقضية باب ٢، وابن ماجه في الأحكام باب ٣.

قال أبو عمر: قَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إذا اجْتَهَدَ الحَاكِمُ، فَأَصَابَ، فَلَهُ أجْرانِ، وَإِذا اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ، فَلَهُ أَجْرٌ»(١).

رَوَاهُ عَمْرُو بْنُ العَاصِ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ، وَقَدْ ذَكَرْنَا طُرُقَهُ فِي كِتابِ العلمِ، وَذَكَرْنَا هُناكَ مَا لِلْعُلماءِ فِي تَأْوِيلِه.

وَرُوِيَ مِنْ حَدِيثِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ طَلَبَ القَضاءَ، وَاسْتَعانَ عَلَيهِ وَكِلَ إِليهِ، وَمَنْ لَمْ يَطْلُبْهُ، وَلَمْ يَسْتَعِنْ عَلَيهِ أَنْزَلَ اللَّهُ إِليهِ مَلَكاً يُسَدِّدُهُ»(٢).

وَقَدْ ذَكَرْنا إِسْنَادَهُ فِي صَدْرِ هَذا الكِتَابِ.

وَمَعْلُومٌ أَنَّ الإِثْمَ إِذا كَانَ مُعظماً فِي مَعْنى كَانَ الأَجْرُ مُعظماً فِي ضِدِّهِ.

قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿وَأَمَّا ٱلْقَـٰسِطُونَ فَكَانُوا۟ لِجَهَنَّمَ حَطَبًا﴾ [الجن: ١٥] أي الجَائِرُونَ.

وَالجَوْرُ: المَيْلُ عَنِ الحَقِّ إلى البَاطِلِ، وَعَنِ الإيمانِ إلى الكُفْرِ.

قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿يَـٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَـٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ﴾ [ص: ٢٦].

وَمَنْ جارَ عَنِ الحَقِّ، وَأَسْرَفَ فِي الظُّلْمِ، فَقَدْ نَسِيَ يومَ الحِسَابِ.

وَرُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ فِي القَاضِي العَادِلِ الحَاكِمِ بِالقِسْطِ مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ العَاصِ وَغيرِهِ أَنَّهُ قَالَ: «المُقْسِطُونَ يومَ القِيامَةِ عَلى مَنَابِرَ مِنْ نُورٍ عَنْ يَمِينِ الرَّحْمنِ، وَكِلْتا يَدَيْهِ يَمِينٌ» قِيلَ: وَمَنِ القَاسِطُونَ يَا رَسُولَ اللَّهِ!؟ قَالَ: «الَّذِينَ يَعْدِلُونَ فِي أَهْلِيهم، وَفِيمَا وُلُّوا»(٣).

وَقَالَ ﷺ: «سَبْعَةٌ يُظِلُّهم اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يومَ لا ظِلَّ إِلا ظِلُّهُ: إِمَامٌ عَادِلٌ...»(٤) وَذَكَرَ سَائِرَ السَّبْعَةِ.

---

(١) أخرجه البخاري في الاعتصام باب ٢١، ومسلم في الأقضية حديث ١٥، وأبو داود في الأقضية باب ٢، والترمذي في الأحكام باب ٢، والنسائي في القضاة باب ٣، وابن ماجه في الأحكام باب ٣، وأحمد في المسند ٢/ ١٨٧، ٤/ ١٩٨، ٢٠٤، ٢٠٥.

(٢) أخرجه أبو داود في الأقضية باب ٣، والترمذي في الأحكام باب ١، وأحمد في المسند ٣/ ١١٨، ٢٢٠.

(٣) أخرجه مسلم في الإمارة حديث ١٨، والنسائي في آداب القضاة باب ١، وأحمد في المسند ٢/ ١٦٠.

(٤) أخرجه البخاري في الأذان باب ٣٦، والرقاق باب ٢٤، والزكاة باب ١٦، والحدود باب ١٩، والترمذي في الزهد باب ٥٣، والنسائي في القضاة باب ٢، ومالك في الشعر حديث ١٤. وسيأتي بتمامه.

وَسَيأْتِي هَذا الحَدِيثُ فِي مَوْضِعِهِ مِنْ كِتَابِ الجَامِعِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «الإِمَامُ العَادِلُ لا تُرَدُّ دَعوَتُهُ»(١).

أَخبرنا عَبْدُ الوَارِثِ، قالَ: حدَّثنا قَاسِمٌ: قالَ: حدَّثنا ابْنُ وَضَّاحٍ، قالَ: حدَّثنا مُحمدُ بْنُ قدامَةَ، قالَ: حدَّثنا جَرِيرُ بْنُ عَبْدِ الحَمِيدِ، عَنْ إِسْماعِيلَ بْنِ أَبِي خَالِدٍ، عَنْ مُصْعَبِ بْنِ سَعْدٍ، قالَ: قَالَ عَلِيٌّ - رضي الله عنه -: حَقٌّ عَلى الإِمَامِ أَنْ يَحْكُمَ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ، وَيُؤَدِّيَ الأَمَانَةَ، فإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ، فَحَقٌّ عَلى النَّاسِ أَنْ يَسْمَعُوا لَهُ، وَيطِيعُوا، وَيُجِيبُوا إِذا دُعُوا.

قالَ: وَمَنْ وَلِيَ القَضاءَ، فَلْيَعْدِلْ فِي المَجْلِسِ، وَالكَلامِ، واللَّحْظِ.

وَذَكَرَ أَبُو زَيْدٍ - عُمَرُ بْنُ شَبَّةَ - قالَ: حدَّثنا هَارُونُ بْنُ عُمَرَ، قَالَ: حدَّثنا ضمرة، قالَ: حَدَّثنا إِبْرَاهِيمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الكِنَانِيُّ، قَالَ: قالَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللَّهُ عنهُ -: لا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَكُونَ قَاضِياً حَتَّى تَجْتَمعَ فِيهِ خَمْسُ خِصَالٍ: عَفِيفٌ، حَلِيمٌ، عَالِمٌ بِما كَانَ قَبْلَهُ، مُسْتَشِرٌ لِذَوي الأَلْبَابِ، لا يَخافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةَ لائِمٍ.

وَرَوى الشَّعْبِيُّ، عَنْ مَسْرُوقٍ قَالَ: لأَنْ أَقْضِي يَوماً وَاحِداً بِحَقٍّ [وَعَدْلٍ] أَحبُّ إِليَّ مِنْ أَنْ أَغْزُوَ سَنَةً فِي سَبِيلِ اللَّهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ: قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ: لا يَنْبَغِي لأَحدٍ أَنْ [يَقْضِيَ إِلا أَنْ] يَكُونَ عَالِماً بِما مَضى مِنَ السُّنَّةِ، مُسْتَشِيراً لِذَوي العِلْمِ.

والآثارُ فِي هَذا البَابِ عَنِ السَّلَفِ كَثِيرَةٌ فِي مَعْنى مَا أَوْرَدْنَاهُ، وَفِيما ذَكَرْنَا تَنْبِيهٌ عَلى مَا إِلَيهِ قَصَدْنَا، وَمَنْ طَلَبَ العِلْمَ لِلَّهِ فَالقَلِيلُ يَكْفِيهِ إِذَا عَملَ بِهِ.

وَكَانَ أَبُو الدَّرْدَاءِ مِنَ الفُقَهاءِ العُلماءِ الحُكَماءِ، رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ فِيهِ: «حَكِيمُ أُمَّتِي».

وَقالَ فِيهِ مُعاذُ بْنُ جَبلٍ: كَانَ أَبُو الدَّرْدَاءِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا العِلْمَ.

وَقالَ أَبُو ذَرٍّ: مَا حملَتْ غبراء، وَلا أَظلَّتْ زرقاء أَعْلَمُ مِنْكَ يَا أَبَا الدَّرْدَاءِ.

وَكانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَدْ آخى بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَلْمانَ الفَارِسِيِّ، فَكانَا مُتَواخينِ مُتَحابَّيْنِ اجتمعَا أَو تَفرَّقا.

---

(١) أخرجه الترمذي في الدعوات باب ١٢٨، وابن ماجه في الصيام باب ٤٨، وأحمد في المسند ٢/ ٤٤٤.

ولفظ الحديث عند الترمذي وابن ماجه: ثلاثة لا ترد دعوتهم: الإمام العادل، والصائم متى يفطر، ودعوة المظلوم.

وَكانَ سَلْمانُ عَالِماً فَاضِلاً زَاهِداً فِي الدُّنْيَا.

وَمَاتَ أَبُو الدَّرْدَاءِ بِدِمَشْقٍ قَاضِياً عَلَيها لِعُثْمانَ بَعْدَ عُمَرَ قَبْلَ مَوتِ عُثْمانَ بِسَنَتَيْنِ، أو نَحْوِهما.

وَمَاتَ سَلْمَانُ بِالمَدَائِنِ مِنْ أَرْضِ العِرَاقِ.

وَحَدَّثنا أَبُو القَاسِمِ ـ خَلفُ بْنُ قَاسِمٍ ـ قِرَاءَةً مِنِّي عَلَيهِ، قالَ: حَدَّثني أَبُو المَيْمُونِ ـ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عُمَرَ بْنِ رَاشِدٍ بِدِمَشْقٍ، قالَ: حَدَّثني أَبُو زرْعَةَ ـ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَمْرِو بْنِ صَفْوانَ الدمشقيُّ، قَالَ: حدَّثني أَبُو مسهرٍ ـ عَبْدُ الأَعْلى بْنُ مسهرٍ، قالَ: حدَّثَني سَعِيدُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ، قالَ عُمَرُ: أَمَّرَ أَبُو الدَّرْدَاءِ بِالقَضاءِ يَعْنِي بِدِمَشْقٍ، وَكَانَ القَاضِي يَكُونُ خَلِيفَةَ الأَمِيرِ إِذَا غَابَ.

وَقَدْ ذَكَرْنا أَخْبَارَ أَبِي الدَّرْدَاءِ، وَسَلْمانَ، وَفَضائِلَهُما فِي بَابِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما مِنْ كِتابِ الصَّحابَةِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: مَنِ اسْتَعَانَ عَبْداً بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي شَيْءٍ لَهُ بَالٌ، وَلِمثله إِجَارَةٌ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَ العَبْدَ، إِنْ أُصِيبَ العَبْدُ بِشَيْءٍ، وَإِنْ سَلِمَ العَبْدُ، فَطَلَبَ سَيِّدهُ إِجَارَتَهُ لِمَا عَمِلَ، فَذلِكَ لِسَيدِه، وَهُوَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

قال أبو عمر: الأَمْرُ المُجْتَمَعُ عَلَيهِ عِندَنا فِي ذَلِكَ أَنَّ الأَمْوَالَ تُضْمَنُ بِالعَمْدِ وَالخَطَأ، وَالعَبْدُ مَالٌ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ صَاحِبُهُ لِلَّذِي اسْتَعَانَهُ، فَكانَ بِذَلِكَ مُتَعَدِّياً عَلى مَالِ غَيرِهِ جَانِياً عَلَيهِ بِغَيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، فَيَلْزَمُهُ الضَّمانُ إِنْ عَطِبَ، أو تَلفَ فِيما اسْتَعْمَلَهُ فِيهِ، وَإِنْ سلمَ كَانَ لَهُ أجرُهُ فِي الَّذِي عَملَهُ؛ لأَنَّ العَبْدَ لَيسَ لَهُ أَنْ يَهبَ خَراجَهُ، وَلا شَيْئاً مِنْ كَسْبِهِ؛ لأَنَّهُ لِسَيِّدِهِ.

وَهَذا كُلُّهُ اتَّفَقَ فِيهِ مَالِكٌ، وَالشَّافعيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهم.

وَرَوى أَبُو حَنِيفَةَ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، قالَ مَنِ اسْتَعانَ مَمْلُوكاً بِغَيرِ إِذْنِ [سَيِّدِهِ]، [أَو صَبِياً بِغَيْرِ إِذْنِ أَهْلِهِ] ضَمنَ.

[وَمعمرٌ، عَنْ حَمَّادٍ مِثْلُهُ.

وَابْنُ جُريجٍ، عَنْ عَطاءٍ مِثْلُهُ].

وَرَوى الحَكَمُ، وَالشَّعبيُّ، كِلاهُما عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي اللَّهُ عَنْهُ ـ قالَ مَنِ اسْتَعانَ عَبْداً صَغِيراً، أو كَبِيراً، أو صَبِياً حُرّاً، فَهلكَ ضَمِنَ، وَمَنِ اسْتَعانَ حُرّاً كَبِيراً لَمْ يَضمنْ.

---

(١) الموطأ، ص٧٦٩.

وَعَنِ الحَسَنِ مِثْلُهُ فِي الصَّبيِّ الحُرِّ، وَفِي العَبْدِ، قالَ: فَإِنْ أذِنَ لَهُ أهْلُ الصَّبيِّ، أو سَيِّدُ العَبْدِ فَلا ضَمانَ عَلَيهِ.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَعْضُهُ حُرّاً وَبَعْضُهُ مُسْتَرَقّاً: إِنَّهُ يُوقَفُ مَالُهُ بِيَدِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أنْ يُحْدِثَ فِيهِ شَيْئاً، وَلَكِنَّهُ يَأْكُلُ فِيهِ وَيَكْتَسِي بِالْمَعْرُوفِ، فَإِذَا هَلَكَ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيهِ الرِّقُّ.

قال أبو عمر: يَكونُ العَبْدُ نِصْفُهُ حُرّاً، وَنِصْفُهُ مَمْلُوكاً مِنْ وُجُوهٍ، مِنْها: أنْ يَكُونَ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ وَارِثَيْنِ، أو مُبْتاعَيْنِ، أو بِوَجْهٍ يَصِحُّ مِلْكُهُمَا لَهُ أحَدُهُما مُعْسراً، والآخَرُ مُوسراً، فَيعْتقُ المُعْسرُ حصَّتَهُ مِنْهُ، فَإذا كَانَ ذَلِكَ كَانَ عَلى وَجْهِ الحِجَازِيِّينَ مَا أعْتقَ مِنْهُ المْعسر حُرّاً وَسَائِرُهُ عَبْداً.

وَيَكُونُ عِنْدَ أبِي حَنِيفَةَ عَبْداً أعتق سَيِّدُهُ نِصْفَهُ، أو يَكُونُ عبْداً أوصى بعتْقِ نِصْفِهِ عِنْدَ مَنْ لا يرى أنْ يتمَّ عَليهِ العتقَ فِي ثُلثِهِ، وَوُجُوهٌ غيرُ هَذِهِ.

وَأمَّا قَولُهُ: إنَّهُ يُوقفُ مَالُهُ بِيَدِهِ، فَإِنَّهُ يُرِيدُ نِصْفَ مَا كَانَ بِيَدِهِ مِنَ المَالِ قَبْلَ وُقُوعِ عتْقِهِ، وَمَا يَكْسبُهُ فِي الأيَّامِ الَّتِي يعْملُ فِيها لِنَفْسِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: يَصْطلحُ هُوَ وَمَالِكُ نِصْفِهِ عَلى الأيَّامِ.

وَقالَ غَيْرُهُ: يخْدمُ لِنَفْسِهِ، ويكْسبُ لها يَوماً، وَيكُونُ لِسَيِّدِهِ خِدْمتُهُ يَوماً مَما كَسبَ فِي يَومِ الحُرِّيَّةِ، فَلَهُ، وَعَليهِ فِي ذَلِكَ اليَومِ مُؤْنَتُهُ كُلُّها، وَفِي يَومِ خِدْمَتِهِ لِسَيِّدِهِ مُؤْنَتُهُ عَلى سَيِّدِهِ.

فَهَذِهِ حَالُهُ عِنْدَ جُمْهُورِ العُلماءِ.

فَإِذَا مَاتَ، فَقَدِ اخْتَلَفُوا فِي مِيراثِهِ، فَقَالَ بَعْضُ أهْلِ العِلْمِ كَما قَالَ مَالِكٌ: مِيرَاثُهُ لِمَنْ فِيهِ الرِّقُّ؛ لأنَّهُ فِي شهادَتِهِ وَحُدُودِهِ، وَطَلاقِهِ عِنْدَهُم كَالعَبْدِ.

هَذا قَولُ مَالِكٍ، والزُّهريِّ، وَأحد قَولَي الشَّافعيِّ.

وَقَالَ آخَرُونَ: مِيرَاثُهُ بَيْنَ سَيِّدِ نِصْفِهِ، وَبَيْنَ مَنْ كَانَ يرثُهُ لَو كَانَ حُرّاً كُلُّهُ نِصْفَيْنِ.

رُوِيَ هَذا عَنْ عَطاءٍ، وَعَمرِو بْنِ دِينارٍ [وَطَاوُسٍ، وَإِياسِ بْنِ مُعاوِيَةَ].

وَهُوَ أحَدُ قولَي الشَّافعيِّ، وَبِهِ قَالَ أحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، غَلَّبُوا الحريَّةَ هُنا؛ لانْقِطَاعِ الرِّقِّ بِالمَوْتِ.

وَقالَتْ طَائِفَةٌ مِنهُم الشَّافِعِيُّ: يُورثُ المُعتقُ نِصْفُهُ وَيَرِثُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ أنَّهُ لا يَرِثُ، وَلا يُورثُ.

وَهُوَ قَولُ مَالِكٍ، وَالكُوفِيِّينَ.

وَقَالَ بَعْضُ التَّابِعِينَ: إِنْ مَاتَ المُعتقُ بَعْضُهُ وَرِثَهُ كُلَّهُ الَّذِي أَعْتَقَ بَعْضَهُ.

وَرُوِيَ عَنِ الشَّعبيِّ فِي حرة رِوَايَةٌ شَاذَّةٌ أَنَّهُ يُحَدُّ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ سَوْطاً.

قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْوَالِدَ يُحَاسِبُ وَلَدَهُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ يَوْمِ يَكُونُ لِلْوَلَدِ مَالٌ، نَاضًا كَانَ أَوْ عَرْضاً، إِنْ أَرَادَ الْوَالِدُ ذَلِكَ.

قال أبو عمر: لا خِلافَ بَيْنَ العُلماءِ أَنَّ الوَلَدَ الغَنِيَّ ذَا المَالِ لا يَجِبُ لَهُ عَلى أَبِيهِ نَفَقَةٌ، وَلا كِسْوَةٌ، وَلا مُؤْنَةٌ، وَأَنَّ ذَلِكَ فِي مَالِهِ.

وَاخْتَلَفُوا عَلَيهِ، وهُوَ مُوسِرٌ هَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيهِ بِما أَنْفَقَ فِي مَالِهِ، وَيُحاسِبَهُ بِذَلِكَ؟:

فَقَالَ مَالِكٌ: ذَلِكَ لَهُ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: إِذا أَنْفَقَ عَلَيهِ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلى الوُصُولِ إِليهِ، فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ مُتَبَرِّعٌ، وَلا يُحاسِبُهُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ.

وَقِياسُ قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ: إِنْ أَنْفَقَ عَلَيهِ بِأَمْرِ القَاضِي لِيَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ كَانَ ذَلِكَ لَهُ، وإِلا فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ مُتَبَرِّعٌ.

وَإِذَا فَرَضَ لَهُ القَاضِي فِي مَالِ الصَّبِيِّ نَفَقَةً، لَمْ يَضُرَّهُ أَنْ يُنْفِقَ وَيَتَصَرَّفَ بِما أَنْفَقَ عَلَيهِ.

هَذا عِنْدِي قِياسُ قَولِهِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

١٤٦٩ ـ مَالِكٌ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ دَلافٍ الْمُزَنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ رَجُلاً مِنْ جُهَيْنَةَ كَانَ يَسْبِقُ الْحَاجَّ، فَيَشْتَرِي الرَّوَاحِلَ[1] فَيُغْلِي[2] بِهَا، ثُمَّ يُسْرِعُ السَّيْرَ فَيَسْبِقُ الْحَاجَّ، فَأَفْلَسَ، فَرُفِعَ أَمْرُهُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ. فَقَالَ: أَمَّا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ، فَإِنَّ الأُسَيْفِعَ؛ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ، رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ بِأَنْ يُقَالَ سَبَقَ الْحَاجَّ، أَلا وَإِنَّهُ قَدْ دَانَ مُعْرِضاً، فَأَصْبَحَ قَدْرِينَ بِهِ. فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا بِالْغَدَاةِ، نَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ، وَإِيَّاكُمْ وَالدَّيْنَ، فَإِنَّ أَوَّلَهُ هَمٌّ وَآخِرَهُ حَرْبٌ.

١٤٦٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٨، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/٥٨.

(١) الرواحل: جمع راحلة، الناقة الصالحة للرحل.

(٢) يغلي: يزيد.

[قال أبو عمر: وَيُرْوى: قَدْ دَانَ، وَقَدْ أدانَ، وَيُرْوى بِلا قَدْ.

وَأكْثَرُ الرُّوَاةِ يَرْوُونَهُ: قَدْ دَانَ مُعْرضاً، كَما رَوَاهُ يَحيى بْنُ القَاسِمِ، وَابْنُ بكيرٍ، وَغيرُهُم].

قال أبو عمر: أمَّا قَولُهُ فِي هَذَا الخَبَرِ، فَأفْلَسَ؛ فَإِنَّهُ أرَادَ صَارَ مُفْلِساً، وَطلبَ الغُرمَاءُ مَالَهُ، فَحالَ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ مَالِهِ ثُمَّ دَعَا غُرَمَاءَهُ لِيَقْسموها عَلَيهم.

وَهَذا شَأْنُ مَنْ أحَاطَ دَيْن غُرمَائِهِ بِمَالِهِ، وَقَامُوا عَلَيهِ عِنْدَ الحَاكِمِ يَطْلُبُونَهُ، وَأثْبَتُوا دُيُونَهُم عَلَيهِ بِما لا مَدْفَعَ فِيهِ.

وَاخْتَلَفَ الفُقهاءُ فِي وَجُوهٍ مِنْ هَذا المَعْنى.

فَقالَ مَالِكٌ: إِذَا حَبَسَهُ الحَاكِمُ فِي الدَّيْنِ لَمْ يَجزْ بَعْدَ ذَلِكَ إِقْرَارُهُ؛ لأنَّ حَبْسَهُ لَهُ تَفْلِيسٌ.

وَإِنَّما قِيلَ: مَنْ شَاءَ مِنْ غُرَمائِهِ مَا لَمْ يَكُنْ مِنَ الحَاكِمِ فِيهِ مَا وَصَفْنَا التَّفْلِيسَ، فإِنَّهُ جائِزٌ إِقْرَارُهُ، وَإِنْ كَانَ عَلَيهِ دَيْنٌ.

قَالَ: وإِذَا قَامَ غُرَمَاؤُهُ عَلَيهِ عَلى وَجْهِ التَّفْلِيسِ، فَهُوَ حجرٌ أيضاً.

وَقالَ الثَّوريُّ، وَالحَسَنُ بْنُ حَيّ: إِذَا حَبَسَهُ القاضِي في الدَّيْنِ لَمْ يَكُنْ مَحْجُوراً عَليهِ حَتَّى يفلسَهُ، فَيقُولُ: لا أُجيرُ لَهُ أمْراً.

وَقالَ الأوْزَاعِيُّ: إذا كَانَ عَلَيهِ دَيْنٌ لَمْ يَجزْ عَلَيهِ صَدَقَتُهُ.

وَهُوَ قَولُ اللَّيْثِ.

قال أبو عمر: قَولُهما هَذا قَدْ قَالَ بِنَحْوِهِ بَعْضُ أصْحَابِ مَالِكٍ وَرَوُوهُ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ أحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ أنَّهُ لا يَجُوزُ لَهُ هِبَةٌ، وَلا صَدقَةٌ، وَلا عتقٌ، وَإِنْ لَمْ يقفِ السُّلْطَانُ مَالَهُ، وَلَمْ يَضْرِبْ على يَدِهِ، وَلَمْ يَمْنَعْهُ التَّصَرُّفَ فِي مَالِهِ مِنْ أجْلِ قِيامِ غُرَمَائِهِ عَلَيهِ.

وَأمَّا قَولُ سَائِرِ الفُقهاءِ فَفِعْلُ مَنْ عَلَيهِ دَيْنٌ جَائِزٌ فِي هِبَتِهِ، وَصَدَقَتِهِ، وَقَضاءِ مَنْ شَاءَ مِنْ غُرَمَائِهِ مَا لَمْ يَكُنْ مِنَ الحَاكِمِ فِيهِ مَا وَصَفْنَا.

وَاتَّفَقَ مَالِكٌ، وَأصْحَابُهُ، كُلُّهم، حَاشَا ابْنَ القَاسِمِ أنَّ السَّفِيهَ الَّذِي لَمْ يَحجرْ عَليهِ أبٌ، [وَلا وَصِيٌّ]، وَلا قَاضٍ أنَّ أفْعالَهُ كُلَّها نَافِذَةٌ حَتَّى يَضْرِبَ الحَاكِمُ عَلى يَدَيْهِ.

وَذكرَ المزنيُّ، عَنِ الشَّافعيِّ، قَالَ: إِذَا رُفِعَ الَّذِي يستَحقُّ التَّفْلِيسَ إِلى القَاضِي أشْهَدَ القَاضِي أنَّهُ قَدْ أوقَفَ مَالَهُ، فَإِذَا فَعَلَ لَمْ يَجزْ بَيْعُهُ، وَلا هِبَتُهُ، وَمَا فَعلَ مِنْ ذَلِكَ، فَفِيهِ قَوْلانِ:

أَحَدُهما: أنَّهُ مَوقُوفٌ، فَإِنْ فَعَلَ جَازَ.

والأخرى: أنَّهُ بَاطِلٌ.

وَقَالَ ابْنُ أبي لَيلى: إِذَا أَفْلَسَهُ الحَاكِمُ لَمْ يَجزْ بَيْعُهُ، وَلَا هِبَتُهُ، وَلا صَدَقَتُهُ، وَيَبِيعُ القَاضِي مَالَهُ، وَيَقضيهِ الغُرماء.

وَقَالَ مُحمدٌ فِي «نَوادِرِ ابْنِ سَماعَةَ»: قَالَ أَهْلُ المَدِينَةِ: إِذَا كَانَ عَلَيهِ دَيْنٌ لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ [لأحَدٍ أنْ يَقْضِيَ مَا عَلَيهِ]، وَلا عتقُهُ، وَلا شَيْءٌ يُتْلَفُ بِهِ مَالُهُ حَتَّى يَقْضِيَ مَا عَلَيهِ.

قَالَ مُحمدٌ: وَقَالَ القَاسِمُ بْنُ معنٍ: إِذَا أَقَرَّ بِدَيْنٍ فَحبسَ لَهُ، فَحبسَهُ حجرٌ عَليهِ، وَلا يَجُوزُ إِقرارُهُ حَتَّى يَقْضِيَ الدَّيْنَ الأَوَّلَ.

وَقَالَ شريكٌ مِثْلَ قَولِهِ.

وَقَالَ مُحمدُ بْنُ الحَسَنِ: يَجُوزُ إِقْرَارُهُ، وَبَيْعُهُ، وَجَمِيعُ مَا صنعَ فِي مَالِهِ حَتَّى يحجرَ القَاضِي عَلَيهِ، وَيبطلُ إِقْرارُهُ بَعْدَ حَبْسِهِ بِالدَّيْنِ.

وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ لا يرى الحجر بِالدَّيْنِ، وَمَذْهَبُهُ أَنَّ الحُرَّ لا يحجرُ عَلَيهِ لِدَيْنٍ، وَلا لِسَفَهٍ، وَخَالَفَهُ فِي ذَلِكَ أَصْحَابُهُ.

وَقَالَ فِي البَيْعِ فِي الدَّيْنِ: لا يُباعُ عَلى المَدِينِ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ، وَيحبسُ حَتَّى يَبيعَ هُوَ إِلا الدَّنَانِيرَ والدَّرَاهِمَ، فَإِنَّها تُباعُ عَلَيهِ بَعْضُها بِبَعْضٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ، وَالشَّافعيُّ، وَمَالِكٌ، وَاللَّيْثُ، وَسَائِرُ الفُقهاءِ: يُباعُ عَلَيهِ كُلُّ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ، وَيَقْضِي غُرمَاؤهُ، فَإِنْ قَامَ مَالُهُ بِدِيُونِهم، وَإِلا قُسمَ بَيْنَهُم عَلى الحِصَصِ بِقَدْرِ دَيْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم.

وَأَمَّا قَولُهُ فِي حَدِيثِ عمَرَ «الأُسيفِعَ» فَهوَ تَصْغِيرُ أسفع، والأسْفعَ الأسْمَرُ الشَّدِيدُ السُّمْرَةِ، وَقِيلَ: الأسْفعُ: الَّذِي تَعْلُو وَجْهَهُ حُمْرَةٌ تَنْحُو إِلى السَّوَادِ.

وَقَولُهُ: «أَدَانَ مُعْرِضاً» أي اسْتَدانَ مُتَهَاوِناً بِذَلِكَ، فَأَصْبَحَ قَدْرين بِهِ أي أُحِيطَ بِهِ، يُرِيدُ أَحَاطَ بِهِ غُرَمَاؤُهُ، وَأَحاطَ الدَّيْنُ بِهِ.

وَذَلِكَ مِنْ مَعْنى قَولِ اللَّهِ تَعالى: ﴿كَلَّا بَلْ رَانَ عَلَى قُلُوبِهِم﴾ [المطففين: ١٤] الآية، أيْ غَلَبَ الدَّيْنُ على قُلُوبِهِمْ، فاسْوَدَّ جَميعُها، فَلَمْ تَعْرِفْ مَعْرُوفاً، وَلا أَنْكَرَتْ مُنْكَراً.

وَأَمَّا قَولُهُ فِي الدَّيْنِ: آخِرُهُ حَرَبٌ، وَالحَرَبُ بِتَحْرِيكِ الرَّاءِ السَّلْبُ، وَمِنْهُ قَولُ العَرَبِ: رَجُلٌ حَرِيبٌ أي سليبٌ مَسْلُوبٌ.

قَالَ الشَّاعِرُ، وَهُوَ القَاسِمُ بْنُ أُمَيَّةَ بْنِ أبي الصَّلْتِ الثَّقفيُّ:

قَـومٌ إِذَا نَـزَلَ الـحَـريـبُ بِـدَارِهِـمْ رَدُّوهُ رَدَّ صَـــوَاهِـــلَ وَنِـيـــاقِ

٩ ـ باب ما جاء فيما أفسد العبيد أو جرحوا

١٤٧٠ ـ قَالَ مَالِكٌ: السُّنةُ عِنْدَنَا فِي جِنَايَةِ الْعَبِيدِ؛ أَنَّ كُلَّ مَا أَصَابَ الْعَبْد مِنْ جُرْحٍ جَرَحَ بِهِ إِنْسَاناً، أَوْ شَيْءٍ اخْتَلَسَهُ[١]، أَوْ حَرِيسَةٍ[٢] احْتَرَسَهَا[٣]، أَوْ ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ جَذَّهُ[٤] أَوْ أَفْسَدَهُ أَوْ سَرِقَةٍ سَرَقَهَا لا قَطْعَ عَلَيْهِ فِيهَا، إِنَّ ذَلِكَ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ، لا يَعْدُو ذَلِكَ، الرَّقَبَةَ، قَلَّ ذَلِكَ أَوْ كَثُرَ، فَإِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَنْ يُعْطِيَ قِيمَةَ مَا أَخَذَ غُلامُهُ، أَوْ أَفْسَدَ، أَوْ عَقْلَ مَا جَرَحَ، أَعْطَاهُ، وَأَمْسَكَ غُلامَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُسْلِمَهُ، أَسْلَمَهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ غَيْرُ ذَلِكَ، فَسَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ.

قال أبو عمر: اخْتِلافُ الفُقَهاءِ فِي هَذا البَابِ مُتَقارِبُ المَعْنى، كُلُّهم يَرى جِنَايَةَ العَبْدِ فِي رَقَبَتِهِ، وَيُخَيَّرُ سَيِّدُهُ فِي فِدَائِهِ بِجِنَايَتِهِ، أو إِسْلامِهِ فِي ذِمَّتِهِ.

رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ـ رضي الله عنه، وَقالَ بِهِ جَماعَةُ عُلماءِ التَّابِعِينَ، وَأَئِمَّةُ الفَتْوى بِأَمْصارِ المُسْلِمِينَ.

وَحَسْبُكَ بِقَولِ مَالِكٍ: السُّنَّةُ عِنْدَنَا يَعْني مَا وَصَفْنا.

وَلَمْ يَخْتَلِفْ مَالِكٌ، وَأَصْحابُهُ فِيمَا يَسْتَهْلِكُهُ العَبْدُ مِمَّا لَمْ يُؤْمَنْ عَلَيهِ أَنَّهُ فِي رَقَبَتِهِ، وَهُوَ قَولُ جُمْهُورِ الفُقَهاءِ.

وَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ، عَنْ أَصبَغٍ أَنَّ مَا اسْتَهْلَكَهُ العَبْدُ مِمَّا اؤْتُمِنَ عَلَيهِ أَنْ عَلَيهِ أَنْ يَكُونَ فِي ذِمَّتِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الماجِشُونِ: هُوَ فِي رَقَبَتِهِ.

وَرَوى سَحْنُونُ، عَنِ ابْنِ القاسِمِ فِي العَبْدِ يَسْتَأْجِرُهُ الرَّجُلُ لِيَبْلُغَ بَعِيراً لَهُ إِلى مَوضعٍ، فَيَذْبَحُهُ وَيزْعُمُ أَنَّهُ خَافَ عَلَيهِ المَوْتَ، فقالَ: قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ أَرَاهُ فِي رَقَبَةِ العَبْده.

١٤٧٠ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ٩ (ما جاء فيما أفسد العبيد أو جرحوا) من كتاب الوصية.

(١) اختلسه: أخذه بخفية.

(٢) حريسة: فعيلة، بمعنى مفعولة، أي محروسة.

(٣) احترسها: سرقها، وحريسة، الجبل: الشاة يدركها الليل قبل رجوعها إلى مأواها فتسرق من الجبل، فلا قطع فيها، لأن الجبل ليس بحرز.

(٤) جذّه: أي قطعه.

وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ القَاسِمِ، وَأَشْهَبُ فِي العَبْدِ يتوسَلُ عَلى لِسَانِ سَيِّدِهِ، وَيُنْكِرُ سَيِّدُهُ ذَلِكَ أَنَّ ذَلِكَ فِي رَقَبَتِهِ.

قال أبو عمر: إِنْ قَتَلَ العَبْدُ عَبْداً، أو حُرّاً، فاسْتَحْيَاهُ وَلِيُّ الدَّمِ كَانَ سَيِّدُهُ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَفْتَكَّهُ بِجَمِيعِ دِيَةِ الحُرِّ، أو قِيمَةِ العَبْدِ، أو يُسْلِمَهُ إِلى وَلِيِّ الدَّمِ، وَيَسْترقُّهُ، وَيُضْربَ مائَةً، وَيُسْجَنَ عاماً.

هَذَا كُلُّهُ قَولُ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ، وَجُمْهُورِ أَهْلِ العِلْمِ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: سَيِّدُ العَبْدِ المَقْتُولِ بِالخِيَارِ فِي العَبْدِ الَّذِي قَتَلَ عَبْدَهُ؛ إِمَّا أَنْ يقتلَ، وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ العَبْدِ المَقْتُولِ فِي عُنُقِ القَاتِلِ، فَإِنْ عَفَا عَنِ القصَاصِ بِيعَ العَبْدُ القَاتِلُ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ رُدَّ عَلى سَيِّدِ العَبْدِ القَاتِلِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ نُقْصانٌ، فَلَيسَ عَلَيهِ غيرُ ذَلِكَ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ، فَذَكَرَ الطَّحاوِيُّ عَنهُم، قَالَ: وَإِذا قَتَلَ العَبْدُ رَجُلاً خَطَأً قِيلَ لِمَوْلاهُ: ادْفَعْهُ إِلى وَلِيِّ الجِنايَةِ، أَوِ افْدِهِ مِنْهُ بِالدِّيَةِ، فَإِنِ اخْتارَ فِدَاءَهُ بِالدِّيَةِ كَانَ مَأْخُوذاً بِها حَالَةً لِوَلِيِّ المَقْتُولِ، وَإِنْ ثَبَتَ بَعْدَ ذَلِكَ إِعْسَارُهُ بِها، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ كَانَ يَقُولُ: قَدْ زَالَتِ الجِنَايَةُ عَنْ عتقِ العَبْدِ بِاخْتِيَارِ مَوْلاهُ إِيَّاهُ، وَصَارَتْ دَيْناً عَلى مَوْلاهُ فِي رَقَبَةِ العَبْدِ الجَانِي.

وَقالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذا لَمْ يَكُنْ لِلْمَولى مِنَ المَالِ مِمَّا هُوَ وَاصِلٌ إِلَيهِ فِي وَقْتِ اخْتِيَارِهِ إِيَّاهُ مِقْدَارُ الدِّيَةِ كَانَ اخْتِيَار إِيَّاهُ بَاطِلاً وَكانَ حَقُّ الجِنايَةِ حَقَّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ فِي رَقَبَةِ العَبْدِ إِذَا كَانَ قَبْلَ الاخْتِيَارِ، فَقالَ لَهُ: ادْفِعِ العَبْدَ إِلى وَلِيِّ الجِنَايَةِ، أَوِ افْدِهِ مِنْهُ بالدِّيَةِ.

وَقالَ مُحمدُ بْنُ الحَسَنِ: الاخْتِيَارُ جَائِزٌ مُعْسِراً كَانَ المَولى أو مُوسِراً، وَتَكُونُ الدِّيَةُ فِي عُنُقِ العَبْدِ دَيْناً لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ، يتبعُهُ فِيها مَوْلاهُ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ.

قَالُوا: وَلَو جَنى العَبْدُ عَلى رَجُلٍ، فَقَتَلَهُ خَطَأً، أو اسْتهلكَ الآخَرُ مَالاً، وَحضَرا جَمِيعاً يَطْلُبانِ الوَاجِبَ لَهُما، فَإِنَّهُ يدْفعُ إِلى وَلِيِّ الجِنايَةِ، ثُمَّ يتبعُهُ الآخَرُ فِيما اسْتهلكَ مِنْ غيرِ مَالِهِ، وَلَو حَضَرَ صَاحِبُ المَالِ أَوَّلا، وَلَمْ يَحْضرْ صَاحِبُ الجِنَايَةِ بَاعَهُ لَهُ القَاضِي فِي مَالِهِ الَّذِي اسْتهلكَهُ لَهُ، فَإِنْ حَضَرَ بَعْدَ ذَلِكَ وَلِيُّ الجِنايَةِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ.

هَذَا آخِرُ كِتابِ الأَقْضِيةِ عِنْدَ جَماعَةِ رُوَاةِ «المُوَطَّإِ» إلا يَحْيَى بْنَ يَحْيَى.

١٠ ـ باب ما يجوز من النَّحل

قال أبو عمر: لَيْسَ هَذا البَابُ عِنْدَ غَيرِ يَحيى فِي «المُوطَّإِ»، وَلا لَهُ فِي هَذا

المَوْضع حَدِيثٌ عِنْدَ جَمِيع رُوَاةِ «المُوطَّإِ» فِي بَابِ مَا يَجُوزُ مِنَ العَطِيَّةِ، وآخرُ كِتاب الأَقْضِيَةِ عِنْدَهُم بَابُ مَا أَفْسَدَهُ العَبِيدُ، أو جرحُوا، وَوَقعَ لِيحيى كَما ترى، وأَظُنُّهُ سَقطَ لَهُ مِنْ مَوْضِعِهِ، فَألحقَ فِي آخِرِ الكِتابِ كَما صَنَعَ فِي بَابِ الصَّلاةِ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَغُرُوبها، سَقطَ لَهُ مِنْ أَبْوابِ المَوَاقِيتِ فِي أَوَّلِ كِتابِ الصَّلاةِ، فَأَلْحَقَهُ في آخِرِ كِتابِ الصَّلاةِ.

١٤٧١ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَاب، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَالَ: مَنْ نَحلَ وَلَداً لَهُ صَغِيراً، لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يَحُوزَ نَحْلَهُ، فَأَعْلَنَ ذَلِكَ لَه، وَأَشْهَدَ عَلَيْهَا، فَهِيَ جَائِزَةٌ، وَإِنْ وَلِيهَا أَبُوهُ.

قال أبو عمر: رَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ هَذا الخَبَرَ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، قَالَ: شُكِيَ إِلى عُثْمانَ بْنِ عَفَّانَ قَولُ عُمَرَ: لا نحلةَ إلا نحلةٌ يَحُوزُها الوَلَدُ دُونَ الوَالِدِ، فَرَأى عُثْمانُ أَنَّ الوَالِدَ يَجُوزُ لِوَلَدِهِ مَا كَانُوا صِغَاراً.

يَقُولُ: إِذَا وَهَبَ لَهُ الأَبُ، وَأَشْهَدَ لَهُ عَلَيهِ أَنَّها حِيَازَةٌ.

وَابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ أَيُّوبَ السُّختيانيِّ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، قَالَ: سَأَلْتُ شُريحاً: مَا يبينُ لِلصَّبيِّ مِنْ نحلِ أَبِيهِ؟ قالَ: أَنْ يَهبَ لَهُ وَيشهدَ لَهُ عليهِ، قُلْتُ: إِنَّهُ يَلِيهِ؟ قَالَ: هُوَ أَحَقُّ منْ وَلِيهُ.

قال أبو عمر: عَلى قَضاءِ عُثْمانَ فِي هِبَةِ الأَبِ لابْنِهِ الصَّغِيرِ جَماعَةُ الفُقهاءِ بِالحِجَازِ، وَالعِرَاقِ، إِلا أَنَّ أَصْحَابَنا يُخالِفُونَ سَائِرَ الفُقهاءِ فِي المَسْكُونِ، وَالمَلْبُوسِ، وَالمَوْقُوفِ، فَلا يَرَوْنَ إِشْهادَ الأَبِ فِي ذَلِكَ حِيازَةً حَتَّى يخرجَ مِنْها مُدَّةً أَقَلُّها سَنَةٌ مِنَ المَسْكُونِ لِيظهر فِعْلهُ ذَلِكَ، وَإِذا رَكبَ مَا يرْكبُ، أو لَبسَ مَا يلْبسُ، فَقَدْ رَجعَ فِي هِبَتِهِ.

وَقَدْ مَضى مَا لِلْعُلماءِ فِي رُجُوعِ الأَبِ وَغَيرِهِ فِي الهِبَةِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأَمْرُ عِنْدَنَا؛ أَنَّ مَنْ نَحلَ ابْناً لَهُ صَغِيراً، ذَهَباً أَوْ وَرِقاً، ثُمَّ هَلَكَ، وَهُوَ يَلِيهِ، إِنَّهُ لا شَيْءَ للابْنِ مِنْ ذَلِكَ، إِلا أَنْ يَكُونَ الأَبُ عَزَلَهَا بِعَيْنِهَا، أَوْ دَفَعَهَا إِلَى رَجُلٍ وَضَعَها لابنِهِ عِنْدَ ذَلِكَ الرَّجُلِ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ للابْنِ.

إِلى هُنَا انْتَهتْ رِوَايَةُ يَحْيَى

١٤٧١ ـ الحديث في الموطأ برقم ٩، من كتاب الوصية، باب ١٠ (ما يجوز من النحل)، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١٧٠، وعبد الرزاق في المصنف ٩/ ١٠٣.

(١) الموطأ، ص٧٧١.

وَفِي رِوَايَةِ أبي مُصْعَبٍ وَغيرِهِ: قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ كَانَتِ النِّحلَةُ عَبْداً، أو وَلِيدَةً، أو شَيْئاً مَعْلُوماً مَعْرُوفاً، ثُمَّ أَشْهَدَ عَلَيهِ، وَأعْلَنَ، ثُمَّ مَاتَ الأبُ، وَهُوَ يَلِي ابنَهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لابْنِهِ.

قال أبو عمر: لا أعْلَمُ خِلافاً بَيْنَ الفُقهاءِ ـ أهْلِ الفَتْوى بِالأمْصارِ، وَسائِرِ مَنْ تَقَدَّمَهُم مِنَ العُلماءِ أنَّ الأبَ يَجُوزُ لابْنِهِ الصَّغِيرِ مَا كانَ فِي حجرِهِ صَغيراً، [أو كَبِيراً] بَالِغاً كَلَّ مَا يهبُ لَهُ، وَيعْطيه، وَيتصدَّقُ بِهِ عَلَيهِ مِنَ العُرُوضِ كُلِّها، وَالعقارِ، وَكُلَّ مَا عَدَا العَيْنَ، كَما يَجوزُ لَهُ مَا يعْطيهِ غَيرَهُ، وَأنَّهُ يجزئُهُ فِي ذَلِكَ الإشْهادُ، وَالإعْلانُ، وَإِذا أشهدَ فَقَدْ أعْلَنَ، إذا فَشَا الإشْهادُ وَظَهَرَ.

وَقالَ مَالِكٌ، وَأصْحابُهُ: إنَّ مَا يسْكُنُ الأبُ لا تَصِحُّ فِيهِ عَطِيَّةٌ لابْنِهِ الصَّغِيرِ الَّذِي فِي حجْرِهِ حَتَّى يَخرجَ عَنْ ذَلِكَ سَنَةً وَنَحْوَها، ثُمَّ لا يَضرُّهُ رُجُوعُهُ إليها، وَسُكْناهُ لَها مَا لَمْ يَمُتِ الأبُ فِيها، أو يَبْلغ الصَّغِيرُ رُشْدَهُ، فَلا يَقْبضْها، فَإِنْ مَاتَ الأبُ سَاكِناً فِيها، أو بَلغَ الابْنُ رُشداً، فَلَمْ يَقْبِضْها حَتَّى يَمُوتَ الأبُ لَمْ تَنْفَعْهُ حِيَازَتُهُ لَهُ تِلْكَ السَّنَةَ، وَجَعَلُوا الهِبَةَ لِلصَّغِيرِ جوازُها مُتَعَلِّقٌ بما يَكُونُ مِنَ العَافِيَةِ فِيها، فَإِنْ سَلمَتْ فِي العَافِيَةِ مِنَ الرَّهنِ، فَهِيَ صَحِيحَةٌ، وَإِنْ لَحقها رَهْنٌ جَميعُ مَا تَقدَّمَ قَبْلَ ذَلِكَ.

وَكَذَلِكَ المَلْبُوسُ عِندَهُم إِذَا لبسَ الأبُ شَيْئاً مِنَ الثِّيَابِ الَّتِي وَهَبَها لِلصَّغِيرِ مِنْ وَلَدِهِ بَطلَتْ فِيهِ هِبَتُهُ، وَمَا عَدا المَلْبُوسَ وَالمَسْكُونَ فيَكْفِي فِيهِ الإشْهادُ عَلى مَا وَصَفْنَا.

وَأمَّا سَائِرُ الفُقهاءِ، فَإِنَّ الأبَ إِذَا أشْهَدَ، وَأعْلَنَ الشَّهادَةَ بِما يُعْطِيهِ لابْنِهِ فِي صِحَتِهِ، فَقَدْ نفذَ ذَلِكَ للابْنِ مَا كَانَ صَغِيراً.

[وحِيازَةُ الأبِ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ كَحِيَازَتِهِ لَهُ مَا يعْطِيهِ غَيْرُهُ لابْنِهِ النَّاظِرِ لَهُ، وَلا يرْهنُ عَطِيَتَهُ] لَهُ فِي صِحَّتِهِ إِذَا كَانَ صَغِيراً، ولا سُكْناهُ، وَلا لباسُهُ، كَما لا يضرُّهُ عِنْدَ مَالِكٍ إِذَا سكنَ بَعْدَ السَّنَةِ، وَلا يُعَدُّ ذَلِكَ مِنْهُ رُجُوعاً فِيمَا أعْطى، كَما لا يَكُونُ ذَلِكَ [رُجُوعاً بَعْدَ السَّنَةِ، وَمَا قالَهُ العُلماءُ مِنْ ذَلِكَ، فَهُوَ ظَاهِرُ فِعْلِ عُثْمانَ بِمَحْضَرِ الصَّحابَةِ] مِنْ غَيرِ نكيرٍ، وَباللّهِ التَّوفِيقُ.

وَأمَّا الذَّهَبُ وَالوَرِقُ: فَقالَ مَالِكٌ فِي مُوَطَّئِهِ مَا قَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي صَدْرِ هَذا البَابِ.

وَظَاهِرُهُ أنَّهُ إِذَا عَزَلَها بِعَيْنِها فِي ظرفٍ، وَخَتمَ عَلَيها بِخَاتِمِهِ، [أو خَاتِمِ الشُّهُودِ الَّذِينَ أشْهَدَهُم] أنَّها جَائِزَةٌ للابْنِ كَما لَو جَعَلَها لَهُ عِنْدَ رَجُلٍ.

وَهُوَ قَولُ ابْنِ الماجشُونِ، [وَأشْهَبَ].

وَبِهِ كَانَ أَبُو عُمَرَ ـ أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ هاشمٍ ـ شَيْخُنا ـ رَحمهُ اللَّهُ يفْتِي.

وَذكرَ العتبيُّ لابْنِ القَاسم، عَنْ مَالِكٍ أَنَّها لا تَجُوزُ إلا أَنْ يخرجَها الأبُ عَنْ يَدِهِ إلى يَدِ غَيرِهِ ـ يَحوزُها للابْنِ، وَأَنَّهُ لا يَنْفَعُهُ خَاتمهُ عَلَيها.

وَبِهَذا كَانَ يَقْضِي القَاضِي أَبُو بَكْرٍ، مُحمدُ بْنُ يَبْقَى بْنِ زربٍ.

وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ كَانَتْ أَحدَ الأَسْبَابِ الَّتِي أَوجَبَتِ التَّبَاعُدَ بيْنَهُ، وَبَيْنَ أبي عُمَر رَحِمَهما اللَّهُ.

وَاخْتَلَفُوا فِي هِبَةِ المُشَاعِ مِنَ الغنمِ، وَغَيرِها يَهَبُها الأبُ لابْنِهِ الصَّغِيرِ فِي حجْرِهِ:

فَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ جَائِزٌ.

وَبِهِ قَالَ ابْنُ الماجشُونِ.

وَقالَ ابْنُ القاسم: لا يَحوزُ الأبُ لابْنِهِ الصَّغِيرِ إلا مَا يهبُهُ مَبروزاً مَقْسُوماً.

قَالَ: وَإليهِ رَجعَ مَالِكٌ، وَبِهِ قَالَ مُطرفٌ، وَأَصْبغُ.

قال أبو عمر: ظَاهِرُ حَدِيثِ عُثْمانَ يَشْهدُ لِمَا قَالَهُ مَالِكٌ، وَابْنُ المَاجشُونِ وَهُوَ الأَصْلُ المُجْتَمَعُ عَلَيهِ عِنْدَ جُمْهُورِ العُلماءِ، وَلا مُخالِفَ لَهُ مِنَ الصَّحابَةِ.

وَاخْتَلَفُوا فِيمَنْ يجوز لِلصَّغِيرِ غير أبيهِ، وَمَنْ يَقُومُ لَهُ فِي الحِيَازَةِ مقامَ أبيهِ فِيمَا يعْطِيهِ:

فَروى يَحْيَى، عَنِ ابْنِ القاسمِ، عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الأمَّ لا تَحُوزُ مَا يعطى ابنها إلا أَنْ تَكُونَ عَلَيهِ وَصِيَّةٌ، قَالَ: وَلا يَحُوزُ لِلطِّفْلِ إلا مَنْ يجوزُ لَهُ إنْكاحُهُ، وَالمُباراةُ عَلَيهِ، وَالبَيْعُ وَالشِّرَاءُ لَهُ.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ ابْنَ وَهْبٍ يَقُولُ: تَحُوزُ الأمُّ لِوَلَدِها مَا تهبُ لَهُمْ، وَكَذَلِكَ الجَدَّةُ، وَالأَجْدَادُ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا أَوْلِياءَ عَلَيهِ.

وَقالَ ابْنُ القاسِمِ: لا تَحُوزُ الأمُّ مَا يُوهَبُ لِوَلَدِها.

وَقالَ أَشْهَبُ: تَحُوزُ لَهُم الوَصِيَّةُ بِهِبَةٍ، يَمْضِي مَعَهُم إلى الكِتَابِ، وَلا يَحوزُ لَهُم غَير ذَلِكَ، وَالوَصِيُّ عِنْدَهُم يَحوزُ مَا يوهبُ لِلْيَتِيم فِي حجرِهِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فالجَدُّ عِنْدَهُ يَقُومُ مقامَ الأبِ فِيمَا يهبُهُ للأَطْفالِ مِنْ وَلَدِ وَلَدِهِ، يَحوزُ ذَلِكَ عَلَيهم إلى أَنْ يبلغُوا مَبلغَ القَبْضِ لأَنْفُسِهم.

وَأَمَّا الكُوفِيُّونَ، فَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ، وَغَيْرُهُ، عَنْ أَبي حَنِيفَةَ وَأَصْحابِهِ: أَنَّ الأمَّ كَالأبِ فِيمَا تَهبُ لابْنِها اليَتِيم فِي حجرِها عَبْداً أَو مَتاعاً مَعلُوماً إِذا أَشْهَدَتْ عَلى ذَلِكَ

جَازَ، وَلَمْ تَرْجعَ فِي شَيْءٍ مِنهُ، وَكَذَلِكَ تقبضُ لَهُ مِنْ كُلِّ مَنْ وَهبَ لَهُ شَيْئاً يَصِحُّ قَبْضُهُ، وَكَذَلِكَ الوَصِيُّ، وَكَذَلِكَ مَنْ قبضَ لِلْيَتِيمِ مِنَ الأَجْنَبِيينَ مَا أعْطى اليَتيم.

وَذكرَ الطَّحاوِيُّ أيضاً عَنهُم قَالَ: وَللأَبِ أنْ يقبضَ مَا يَهبُ لابْنِهِ الصَّغِيرِ مِمَّا يتصدَّقُ بِهِ عَلَيهم، وَكَذَلِكَ مَنْ فَوْقَهُ مِنَ الأباءِ إذَا كَانَ هُوَ الَّذي أمرهُ، وقَبضَهُ مِنْ ذَلِك لِنَفْسِهِ إشْهادهُ عَلى مَا كَانَ مِنْهُ، وَإعْلانُهُ بِهِ، وَباللَّهِ التَّوْفِيقُ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلى مُحمدٍ سَيِّدِ المُرْسَلِينَ، وَخَاتمِ النَّبِيِّينَ، وَعَلى أهْلِهِ الطَّيِّبينَ، وَسَلَّم تَسْلِيماً.

٣٨

كتاب العتق والولاء

١ ـ باب من أعتق شركاً له في مملوك

١٤٧٢ ـ مَالِكٌ عَنْ نَافعٍ، عَنْ عَبدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ ما عَتَقَ».

قال أبو عمر: قَدْ ذَكَرْنا فِي «التَّمْهِيدِ» اخْتِلافَ أَلْفَاظِ رُوَاةِ «المُوَطَّإِ» فِي هَذا الحَدِيثِ، وَاخْتِلافَ أَلْفَاظِ أَصْحَابِ نَافعٍ عَلَيهِ، وَأَصْحابِ سَالِمٍ عَلَيهِ.

وَقَدْ جَوَّدَ مَالِكٌ ـ رحمهُ اللَّهُ ـ [حَدِيثَهُ هَذَا عَنْ نَافعٍ، وأَتْقَنَهُ، وبَانَ فِيهِ فَضْلُ حِفْظِهِ وفَهْمِهِ وَتابَعَهُ عَلَى كثيرٍ منَ مَعَانيهِ عُبَيدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ] وَمِنْ أَحْسَنِ روَاة سيَاقهَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى اللَّيْثيُّ صَاحِبُنا، وَابْنُ القَاسمِ، وَابْنُ وَهْبٍ، فَإِنَّهُم ذَكَرُوا فِيهِ عَنْ مَالِكٍ: «فكَانَ لَهُ مَالٌ يبْلغُ ثَمَنَ العَبْدِ قُوِّمَ عَلَيهِ»، وَمَنْ لَمْ يَقُلْ فِي هَذَا الحَدِيثِ مِنْ رُوَاةِ مَالِكٍ: «فكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلغُ ثَمنَ العَبْدِ قُوِّمَ عَلَيهِ»، فَقَدْ كثَّرَ، ولَمْ يُقِمِ الحَدِيثَ؛ لأَنَّهُ لا خِلافَ بَيْنَ العُلماءِ أَنَّهُ لا يُقَوَّمُ نَصِيبُ الشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يعتقْ عَلَى الَّذِي أَعْتَقَ إِلا أَنْ يَكُونَ لَهُ مِنَ المَالِ مَا يبْلغُ ثَمنَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ الَّذِي لَمْ يعْتقْ.

وَكَذَلِكَ جَوَّدَ مَالِكٌ هَذا الحَدِيثَ، وَأَتْقَنَهُ فِي قَولِهِ فِيهِ «وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ»، وَتَابَعَهُ عَلى هَذا اللَّفْظِ عُبيدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، عَنْ نَافعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شرْكاً لَهُ فِي مَمْلُوكٍ، فَقَدْ عتقَ، فَإِنْ

١٤٧٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ١، من كتاب العتق والولاء، باب ١ (من أعتق شركاً له في مملوك)، وقد أخرجه البخاري في العتق، باب ٤ (إذا أعتق عبداً بين اثنين) حديث ٢٥٢٢، والنسائي في العتق، حديث ١، وأبو داود في العتق حديث ٣٩٤٠، ٣٩٤٣، ٣٩٤٦، ٣٩٤٧، والترمذي في الأحكام حديث ١٣٤٦، ١٣٤٧، والنسائي في البيوع حديث ٤٦٩٦، ٤٦٩٧، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٥٢٨، وأحمد في المسند ٢/ ١١٢، ١٥٦.

كَانَ لَهُ مَالٌ يبلغُ ثمنَهُ قُوِّمَ عَلَيهِ قِيمَةَ عَدلٍ، وَأعتَقَ كُلَّهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، فَقَدْ عتقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ» وَهَذا كَرِوَايَةِ مَالِكٍ سَوَاءٌ.

وَرَوَاهُ أَيُّوبُ، عَنْ نَافِع، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ، وَكانَ لَهُ مِنَ المَالِ مَا يبلُغُ ثَمنَهُ، فَهُوَ عَتيقٌ».

قَالَ أَيُّوبُ: قَالَ نَافِعٌ: وَإِلا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ.

قَالَ أَيُّوبُ: لا أَدْرِي أَهَذا فِي الحَديثِ، أَمْ هُوَ مِنْ قَولِ نَافِعٍ، قَوْلُهُ: «فَقدَ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ».

وَرَواهُ يَحْيَى بْنُ سَعِيدِ الأَنْصَارِيُّ، عَنْ نَافِع، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، عَنِ النبيِّ ﷺ قالَ: «مَنْ أَعْتَقَ نَصِيباً لَهُ فِي عَبْدٍ كُلِّفَ عِتقَ مَا بَقِيَ مِنْهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، فَقَدْ جَازَ مَا صَنَعَ».

وَقَدْ ذَكَرْنا الأَسَانِيدَ عَنْ عُبيدِ اللَّهِ، وَعَنْ أَيُّوبَ، وَعَنْ يَحْيَى بِما وَصَفْنا مِنْ طُرُقٍ فِي «التَّمْهيدِ».

وَهَذا اللَّفْظُ، أَعْنِي قَوْلَهُ: «وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ»، يَعْنِي الاسْتِسْعاءَ، وَيُوجِبُ العِتْقَ على المُعْسِرِ، وَإِنَّما ملكَ شَرِيكهُ على مَا كَانَ عَلَيهِ دُونَ إِيجابِ اسْتِسْعاءٍ عَلى العَبْدِ.

وَهَذا المَوضعُ اخْتَلَفَتْ فِيهِ الآثارُ، وَاخْتَلفَ فِي الحُكْمِ بِهِ عُلماءُ الأَمْصارِ.

فَأَمّا اخْتِلافُ الآثارِ فِي ذَلِكَ، فَإِنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ رَوى فِي ذَلِكَ خِلافَ مَا رَوى ابْنُ عُمَرَ مِنْ حَدِيثِ قَتادَةَ، عَنِ النَّضرِ بْنِ أَنسٍ عَنْ بَشِيرِ بْنِ نهيكٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنْ النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «أَيُما عَبْدٍ كَانَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحدُهُما نَصِيبَهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِراً قُوِّمَ عَلَيهِ، وَإِلا سَعى العَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيهِ»(١).

هَكَذا رَواهُ سَعِيدُ بْنُ أَبِي عرُوبَةَ، [عَنْ قَتادَةَ، لَمْ يَخْتَلَفْ عَلى سَعِيدٍ فِي شَيْءٍ مِنْهُ، وَمِمَّنْ رَواهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي عرُوبَةَ]، عَنْ قَتادَةَ، عَنِ النَّضرِ، عَنْ بشيرِ بْنِ نهيكٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النبيِّ ﷺ.

كَذَلِكَ روحُ بْنُ عبادَةَ، وَيَزِيدُ بْنُ زريعٍ، وَعبدةُ بْنُ سُليمانَ، وَعِليُّ بْنُ مسهرٍ، وَمُحمدُ بْنُ بكرٍ، وَيَحْيَى بْنُ سَعِيدِ القَطَّانُ، وَمُحمدُ بْنُ أَبِي عديٍّ.

---

(١) أخرجه البخاري في الشركة باب ٥، ١٤، والعتق باب ٥، ومسلم في العتق حديث ٣، ٤، والأيمان حديث ٥٤، ٥٥، وأبو داود في العتاق باب ٥، والترمذي في الأحكام باب ٤١، وابن ماجه في العتق باب ٧، وأحمد في المسند ٢/ ٢٥٥، ٤٢٦، ٤٧٢.

وَقَدْ تَابَعَ سَعِيدَ بْنَ أَبِي عرُوبَةَ عَلى ذَلِكَ أبانُ العَطَّارِ، وَجريرُ بْنُ حَازِمٍ، وَمُوسى بْنُ خلفٍ، رَووهُ عَنْ قَتادةَ بِإِسْنادِ مِثْلِهِ، وَذَكَرُوا فِيهِ السّعَايَةَ.

وَأَمَّا هِشَامٌ الدُّسْتوائيُّ، وَشُعْبَةُ بْنُ الحجَّاجِ، وَهمَّامُ بْنُ يَحْيَى، فَرَووهُ عَنْ قَتادَةَ بِإِسْنادِهِ المذْكُورِ، لَمْ يَذْكُرُوا فِيهِ السّعَايَةَ، وَهُمْ أَثْبَتُ مِنَ الَّذِينَ ذَكَرُوا فِيهِ السّعَايَةَ.

وَأَصْحابُ قَتادَةَ الَّذِينَ هُمُ الحُجَّةُ عَلى [غَيرِهم عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ ثَلاثَةٌ: شُعْبَةُ، وَهِشَامٌ، وَسَعِيدُ بْنُ أبي عرُوبَةَ، فَإِذا اتَّفقَ مِنْهُم اثْنانِ، فَهُما حُجَّةٌ عَلى] الوَاحِدِ عِنْدَهُم، وَقَدِ اتَّفَقَ شُعْبَةُ، وَهِشَامُ الدستوائيُّ عَلى تَرْكِ ذِكْرِ السّعَايَةِ [فِي هَذا الحَدِيثِ، فَضَعُفَ بِذَلِكَ ذِكْرُ السّعايَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا حَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ مِنْ طُرُقِ هَؤُلاءِ كُلِّهم فِي «التَّمْهِيدِ»، وَزِدْنا القَولَ بَياناً فِي ذَلِكَ مِنْ جِهَةِ الإِسْنادِ، وَالنَّقْلِ هُنَالِكَ.

وَأَمَّا اخْتِلافُ الفُقهاءِ فِي هَذا البَابِ، فَإِنَّ مَالِكاً، وَأَصْحابَهُ يَقُولُونَ: إِذَا أَعْتَقَ المليءِ المُوسِرُ نَصِيباً لَهُ فِي عَبْدٍ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ غَيْرِهِ، فَلِشَرِيكِهِ أَنْ يعتِقَ بتلا، وَلَهُ أَنْ يَقوّمَ إِذَا عتقَ نَصِيبهُ، كَما أَعْتَقَ شَرِيكُهُ قَبْلَ التَّقْوِيم كَانَ الوَلاءُ بَيْنَهُما، كَمَا كَانَ المِلْكُ بَيْنَهُما مَا لَمْ يُقَوَّمْ، وَيُحْكَمْ بعتقِهِ، فَهُوَ كَالعَبْدِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ.

وَإِنْ كَانَ المُعتقُ لِنَصِيبِهِ مِنَ العَبْدِ عَدِيماً لا مَالَ لَهُ لَمْ يعتقْ مِنَ العَبْدِ غَيْرَ حِصَّتِهِ، وَبَقِيَ نَصِيبُ الآخرِ رِقّا لَهُ يَخْدِمُهُ العَبْدُ يوماً، وَيكْتسِبُ لِنَفْسِهِ يَوماً، وَهُوَ فِي حُدُودِهِ، وَجَمِيعِ أَحْوَالِهِ كَالعَبْدِ.

وَإِنْ كَانَ المُعْتِقُ مُوسِراً بِبَعْضِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ قُوِّمَ عَلَيهِ بِقَدْرِ مَا يُوجَدُ مَعَهُ مِنَ المَالِ وَرُقَّ بَقِيَّةُ النَّصِيبِ لَدَيْهِ، وَيُقْضى بِذَلِكَ عَلَيهِ كَما يُقْضى فِي سَائِرِ الدُّيُونِ اللازِمَةِ، وَالجِنَايَاتِ الوَاجِبَةِ، وَيُباعُ عَلَيهِ شَوَارُ بَيْتِه وَمَاله بَالٌ مِن كسْوَتِهِ.

وَالتَّقْوِيمُ أَنْ يَقَوَّمَ نَصِيبُهُ يَومَ العِتْقِ قِيمةَ عَدْلٍ ثُمَّ يُعْتَقُ عَلَيهِ.

وَكَذَلِكَ قَالَ دَاوُدُ، وَأَصْحابُهُ، فَإِنَّهُ لا يعتقُ عَلَيهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ القِيمَةَ إِلى شَرِيكِهِ.

وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ فِي «القَدِيم»، وَقَالَ فِي «الجَدِيدِ»: إِذَا كَانَ المُعْتِقُ لِحِصَّتِهِ مِنَ العَبْدِ مُوسِراً فِي حِينِ العِتْقِ عتقَ جَمِيعهُ حِينَئِذٍ وَكانَ حُرّاً مِنْ يومئِذٍ، يَرِثُ وَيُورثُ، وَلَهُ وَلاؤُهُ، وَلا سَبِيلَ لِلشَّرِيكِ عَلى العَبْدِ، وَإِنَّما لَهُ قِيمَةُ نَصِيبِهِ عَلى شَرِيكِهِ، كَما لَو قَتلَهُ، وَسَواءٌ أَعْطاهُ القِيمَةَ أو مَنَعَهُ إِذا كَانَ مُوسِراً يَومَ العِتْقِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً، فَالشَّرِيكُ عَلى مِلْكِهِ يُقاسِمُهُ كَسبهُ، أو يخْدِمُهُ يَوماً، وَيخلي لِنَفْسِهِ يَوماً، وَلا سعَايَةَ عَلَيهِ.

وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ مَاتَ العَبْدُ، وَلَهُ وَارِثٌ وَرِثَ بِقَدْرِ وِلايَتِهِ، وَإِنْ مَاتَ لَهُ مَورُوثٌ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ شَيئاً.

وَلَهُ قَولٌ آخَرُ فِيمَنْ كَانَ بَعْضُهُ حُرّاً، ذكرَه المَزنيُّ عَنْهُ فِي «القَدِيم» وَاخْتارَ قَولَه فِي «الجَدِيدِ» وَقالَ: هُوَ الصَّحِيحُ عَلى أَصْلِهِ؛ لأنَّهُ قَالَ: لَو أَعْتَقَ الثَّاني كَانَ عتْقُهُ بَاطِلاً.

وَقَدْ قطعَ بأنَّ هَذَا أَصَحُّ فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضعَ مِنْ كُتبِهِ، وَقالَهُ فِي اختلاف الحَدِيثِ وَاخْتِلافِ ابْنِ أَبي لَيلى، وَأَبِي حَنِيفَةَ.

وَقالَ فِي كِتابِ الوَصَايَا بِالقَولِ الأوَّلِ.

وأَصْلُ مَا بنى عَلَيهِ مَذْهَبَهُ فِي ذَلِكَ حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ، وَلَمْ يَقُلْ بِحَدِيثِ أبي هُرَيْرَةَ، وَضعّفَ قَولَ مَنْ ذَكَرَ فِيهِ السعايَةَ.

وَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ مَاتَ المُعْتِقُ المُعْسِرُ قَبْلَ أَنْ يُحْكَمَ عَلَيهِ بِعْتقِ البَاقِي، لَمْ يُحْكَمْ عَلى وَرَثَتِهِ بِعتقِ النِّصْفِ البَاقِي.

وَقالَ الشَّافعيُّ: يُحكمُ بعتْقِهِ إذا مَاتَ، وَلَو أتى ذَلِكَ عَلى جَمِيعِ تَركَتِهِ إلا أَنْ يَقَعَ العِتْقُ مِنْهُ فِي المَرَضِ، فَيُقَوَّمُ فِي الثُّلثِ.

وَقالَ سُفْيانُ: إِذَا كَانَ لِلْمُعتقِ حِصَّتَهُ مِنَ العَبْدِ مَالٌ ضمن نَصِيبَ شَرِيكِهِ، وَلَمْ يرجعْ بِهِ على العَبْدِ، وَلا سعايَةَ عَلى العَبْدِ، وَكانَ الوَلاءُ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، فَلا ضَمانَ عَلَيهِ، وَسَواءٌ نقص مِنْ نَصِيبِ الآخرِ أو لَمْ ينقص، ويسَعى العَبْدُ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ حِينَئذٍ.

وَكَذَلِكَ قَالَ أَبو يُوسُفَ، وَمُحمدُ بْنُ الحَسَنِ.

وَفِي قَولِهم: يَكُونُ العَبْدُ كُلُّهُ حُرّاً سَاعَةَ أَعْتَقَ الشَّرِيكُ نَصِيبَهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِراً ضَمنَ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَةِ عَبْدِهِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً سَعى العَبْدُ فِي ذَلِكَ لِلَّذِي لَمْ يَعتقْ، وَلا يَرْجعُ عَلى أَحدٍ بِشَيْءٍ، وَالوَلاءُ كُلُّهُ لِلْمُعْتَقِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الحُرِّ فِي جَمِيعِ أَحْكامِهِ مَا دَامَ فِي سعايَتِهِ مِنْ يوم أُعْتِقَ، يَرِثُ، وَيُورَثُ.

وَهُوَ قَولُ الأَوْزَاعِيِّ، وعن ابن شبرمَةَ، وَابْنِ أَبي لَيلى مِثلهُ، إلا أَنَّهُما جَعَلا لِلْعَبْدِ أَنْ يَرْجعَ عَلى المُعْتِقِ بِما سَعى فِيهِ مَتى أَيْسَرَ.

وَرَوَوا عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ جعلَ المِعتق بَعْضَه حُرّاً فِي جَمِيعِ أَموالِهِ.

وَقالَ أَبُو حنيفة: إذا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهما نَصِيبَهُ، وَهُوَ مُوسِرٌ، فَإِنَّ الشَّرِيكَ بِالخيارِ، إِنْ شَاءَ أَعْتَقَهُ، كَما أَعْتَقَ صَاحِبُهُ، وَكانَ الوَلاءُ بَيْنَهُما، وَإِنْ شَاءَ

اسْتَسْعى العَبْدُ في نِصْفِ قِيمَتِهِ، وَيكُونُ الوَلاءُ بَيْنَهُما، وَإِنْ شَاءَ ضَمنَ شَرِيكَهُ نِصْفَ قِيمَتِهِ، ويَرجعُ الشَّرِيكُ بِما ضَمنَ مِنْ ذَلِكَ عَلى العَبْدِ، يَسْتَسْعى فِيهِ إِنْ شَاءَ وَيكونُ الوَلاءُ كُلُّهُ لِلشَّرِيكِ، وَإِنْ كَانَ المُعتِقُ معسِراً، فَالشَّرِيكُ بِالخِيارِ، إِنْ شَاءَ ضَمنَ العَبْدُ نِصْفَ قِيمَتِهِ يَسْعى فِيها، وَالوَلاءُ بَيْنَهُما، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَهُ، كَما أَعْتَقَ صَاحِبُهُ، وَالوَلاءُ بَيْنَهُما.

[وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: العَبْدُ المُسْتَسعى مَا دَامَ فِي سعَايَتِهِ بمنزِلَةِ المُكابِ فِي جَمِيعِ أَحْكامِهِ.

وَقالَ زُفَرُ: يُعْتقُ العَبْدُ كُلُّهُ عَلى المُعْتِقِ حِصَّتَهُ مِنْهُ، وَيتبعُ بِقِيمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مُوسراً كَانَ أو مُعْسِراً.

قال أبو عمر: لَمْ يَقُلْ زُفَرُ بِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ، وَلا بِحَدِيثِ أبي هُرَيْرَةَ فِي هَذا البَابِ.

وَكَذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ لَمْ يَقُلْ بِوَاحِدٍ مِنَ الحَدِيثَيْنِ على وَجْهِهِ، وَكُلُّ قَولٍ خَالَفَ السُّنَّةَ مَرْدُودٌ].

وَقالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبلٍ بِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ فِي هَذَا البَابِ، وَقَولُهُ فِيهِ، نَحْوُ قَولِ الشَّافِعيِّ، قَالَ: إِنْ كَانَ لِلْمعْتقِ [مِنَ الشَّرِيكَيْنِ] مَالٌ ضَمنَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ، وكَانَ الآخرُ عَلى نَصِيبِهِ، وَلا يسْتسعي العَبْدُ.

قال أبو عمر: هَذا يَدُلُّ عَلى أَنَّ حَدِيثَ ابْنِ عُمَرَ عِنْدَ أَحْمَدَ أَصَحُّ مِنْ حَدِيثِ أبي هُرَيْرَةَ، وَأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَهُ ذِكرُ السّعَايَةِ، وَأَحْمَدُ إِمامُ أَهْلِ الحَدِيثِ فِي المَعْرِفَةِ بِصَحِيحِهِ مِنْ سَقِيمِهِ.

[قَالَ أَحْمَدُ: وَلا يُباعُ عَلى الشَّرِيكِ المُعْسرِ دَارٌ، وَلا رباعٌ.

وَلَمْ يَحدّ فِي العُسرِ، وَاليسارِ حَدّاً.

وَقَالَ إِسْحاقُ: إِنْ كَانَ لِلشَّرِيكِ المُعْتقِ مَالٌ، فَكَمَا] قَالَ أَحْمَدُ: يضمنُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلا دَارٌ، وَخَادِمٌ، فَإِنَّهُ لا يَجْعَلُ ذَلِكَ مَالاً، قَالَ: وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَإِنَّهُ يَسْتسعي العَبْدِ لِصَاحِبِهِ.

وَاتَّفَقَ أَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ، وَسُفْيانُ بِأَنَّ العِتْقَ إِذَا وَقَعَ، وَالمُعْتِقُ مُوسِرٌ، ثُمَّ أَفْلَسَ لَمْ يَتحوَّلْ عَلَيهِ الغُرْمُ كَما لَو وَقَعَ، وَهُوَ مُفْلِسٌ، ثُمَّ أَيْسَرَ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ.

وَقَدْ قِيلَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَقْوَالٌ غَيرُ مَا ذَكَرْنا شَاذَّةٌ، وَلَيسَ عَلَيها أَحَدٌ مِنْ فُقهاءِ الأَمْصارِ، مِنْها قَولُ رَبيعةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحمنِ، قَالَ: فَمَنْ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ مِنْ عَبْدٍ أَنَّ

العِتْقَ بَاطِلٌ، مُوسِراً كَانَ المُعتِقُ، أو مُعْسِراً، وَهَذا خِلافُ الحَدِيثِ، وَمَا أَشُكُّ أَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْهُ وَلا عَلِمَهُ.

وَقَدْ ذَكَرَ مُحمدُ بْنُ سِيرِينَ، عَنْ بَعْضِهم أنَّهُ جَعَلَ قِيمَةَ حِصَّةِ الشَّرِيكِ فِي بَيْتِ المَالِ، وَهَذا أيضاً خِلافُ السُّنَّةِ.

وَعَنِ الشَّعبيِّ، وَإِبْرَاهِيمَ أَنَّهُما قَالا: الوَلاءُ لِلْمُعتقِ ضمنَ، أو لَمْ يَضْمنْ.

[وَقالَ عُثْمانُ البَتِّيُّ: لا شَيْءَ عَلى المُعتقِ إلا أنْ تَكُونَ جَارِيَةً رَائعةً تُرادُ لِلْوَطْيء، فَيضمنُ مَا أدْخلَ على صَاحِبِهِ مِنَ الضَّرَرِ].

وَقَدْ تَقَدَّمَ قَولُ زُفَرَ، وَقَولُ أَبي حَنِيفَةَ أيضاً، فَهَذا حُكْمُ مَنْ أَعْتقَ حِصَّةً لَهُ مِنْ عَبْدٍ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ غَيرِهِ.

وَأَمَّا مَنْ أَعْتقَ حِصَّتَهُ مِنْ عَبْدِهِ الَّذِي لا شَرِكَةَ فِيهِ لأَحدٍ مَعَهُ، فَإِنَّ جُمْهُورَ العُلماءِ بِالحِجازِ، وَالعِرَاقِ يَقُولُونَ: يَعْتقُ عَلَيهِ كُلُّهُ، وَلا سعايةَ عَلَيهِ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَرَبيعةُ.

وَهُوَ قَولُ طَاوسٍ، وَحَمَّادٍ: يَعْتقُ مِنْهُ ذَلِكَ النَّصِيبُ، ويَسْعى لِمَولاهُ فِي بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ مُوسِراً كَانَ أو مُعْسِراً.

وَبِهِ قَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ.

وَخالَفَهُ أَصْحابُهُ؛ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ، وَزُفَرُ، فَأَعْتَقُوا العَبْدَ كُلَّهُ دُونَ سعايةٍ.

وَهُوَ قَولُ مَالِكٍ، وَالثَّوريِّ، وَالأَوْزاعِيِّ، وَالشَّافِعِيِّ، وَابْنِ أَبي لَيلى، وَابْنِ شبرمَةَ، وَالحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ، وَاللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحاقَ كُلُّهم قَالَ: يُعْتقُ عَلَيهِ كُلُّهُ إِذَا كَانَ العِتْقُ مِنْهُ فِي الصِّحَّةِ.

قال أبو عمر: الحُجَّةُ قَائِمَةٌ على رَبيعَةَ، وَأَبِي حَنِيفَةَ بِمَعْنى السُّنَّةِ؛ لأَنَّ الحَدِيثَ لَمَّا وَرَدَ بِأَنْ يَعْتقَ عَلَيهِ نَصِيب شَرِيكهِ كانَ أَحْرَى بِأَنْ يعتقَ عليه مَا هُوَ فِي مِلْكِهِ؛ لأَنَّهُ مُوسِرٌ بِهِ مَالِكٌ لَهُ، وَفِي مِثْلِ هَذا جَاءَ الأَثَرُ لَيسَ إِليهِ بِشَرِيكٍ.

حَدَّثني عَبْدُ اللَّهِ، قَالَ: حَدَّثَنِي مُحمدٌ قَالَ: حَدَّثني دَاوُدُ السختيانيُّ، قَالَ: حدَّثني أَبُو الوَلِيدِ الطيالسيُّ، وَمُحمدُ بْنُ كثير، قَالا: أَخْبرنا هَمَّامٌ، عَنْ قَتادَةَ، عَنْ أَبي المليح ـ زَادَ أَبُو الوَلِيدِ: عَنْ أَبيهِ ـ أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ شِقْصاً لَهُ فِي غُلامٍ، فَذكرَ ذَلِكَ لِلنَّبيِّ ﷺ، فَقَالَ: «لَيسَ إِليهِ بِشَرِيكٍ»[1].

---

(١) أخرجه أبو داود في العتاق باب ٤، وأحمد في المسند ٢/ ٣٤٧.

زَادَ ابْنُ كثيرٍ: وَأجازَ عِتْقَهُ.

وَحُجَّةُ أبي حَنِيفَةَ، وَرَبِيعَةَ مَا رَواهُ إِسْماعِيلُ بْنُ أُمَيَّةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّهُ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ، فَلَمْ يُنْكِرْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عِتْقَهُ.

وَهَذا يَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ فِي وَصِيَّتِهِ بَعْدَ مَوتِهِ.

قَالَ إِسْمَاعِيلُ وَإِنَّما يُعْتَقُ العَبْدُ كُلُّهُ إِذَا أَعْتَقَ الشَّرِيكُ نِصْفَهُ.

وَقَدْ جاءَ عَنِ الحَسَنِ مِثْلَ قَولِ رَبِيعَةَ، وَأَبي حَنِيفَةَ.

وَهُوَ قَولُ عُبيدِ اللَّهِ بْنِ الحَسَنِ، وَالشعبيِّ، كُلُّهم يَقُولُ: يَعْتِقُ الرَّجُلُ مِنْ عَبدِهِ مَا شَاءَ.

وَرُوِيَ مِثْلُهُ عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي الله عنه ـ، وَلَيسَ بِالثَّابِتِ عَنْهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ الشَّعبيِّ: لَو أَعْتَقَ مِنْ عَبْدِهِ عُضْواً، أو إِصْبعاً عتقَ عَليهِ كُلُّهُ.

وَكَذَلِكَ قَالَ قَتادَةُ.

وَهُوَ الصَّحِيحُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[1]، عَنِ الثَّورِيِّ، عَنْ خَالِدِ بْنِ سَلَمَةَ الفأْفَأ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلى ابْنِ عُمَرَ، فَقالَ لَهُ: كَانَ لِي عَبْدٌ فَأَعْتَقْتُ ثُلُثَهُ، فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ: عُتِقَ كُلُّهُ، لَيسَ لِلَّهِ بِشَرِيكٍ.

قال أبو عمر: مَنْ ملكَ شقْصاً مِمَّنْ يعتقُ عَلَيهِ بِأيِّ وَجْهٍ ملكَهُ سِوى المِيرَاثِ، فَإِنَّهُ يُعتقُ عَلَيهِ جميعُهُ، وَإِنْ كَانَ مُوسِراً عِنْدَ كُلِّ مَنْ ذَكَرْنا عَنْهُ عتقَ نَصِيبِ الشَّرِيكِ إِذا أَعْتَقَ هُو حِصَّتَهُ عَلى مَا قَدَّمْنا مِنْهُم ذِكْرَهُ، فَإِنْ ملكَهُ بِمِيرَاثٍ، فَقَدِ اخْتَلَفُوا فِي عَتْقِ نَصَيبِ شَرِيكِهِ عَلَيهِ وَفي السعايَةِ عَلى حَسَبِ مَا قَدَّمْنَا مِنْ أُصُولِهِمْ.

وَفِي تَضمنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ المُعْتِقَ لِنَصِيبِهِ مِنْ عَبْدٍ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ غَيرِهِ قِيمَةَ بَاقِي العَبْدِ دُونَ أنْ يَلْزَمَهُ الإِتْيَانُ بِنِصْفِ عَبْدٍ مِثْلِهِ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ مَنِ اسْتَهْلَكَ شَيْئاً مِنَ الحَيَوانِ، أو العُرُوضِ الَّتِي لا تُكال، وَلا تُوزَنُ، أو أَفْسَدَ شَيئاً مِنْ ذَلِكَ فَلَيْسَ عَلَيهِ إِلا قِيمَةَ مَا اسْتَهْلَكَ دُونَ المِثْلِ فِيهِ.

وَهَذا مَوْضعٌ اخْتَلَفَ فِيهِ العُلماءُ قَدِيماً.

فَذَهَبَ مَالِكٌ، وَأَصْحابُهُ إِلى أَنَّ مَنْ أَفْسَدَ شَيْئاً مِنَ العُرُوضِ الَّتِي لا تُكالُ، وَلا تُوزَنُ، أو شَيْئاً مِنَ الحَيَوانِ، فَإِنَّما عَلَيهِ القِيمَةُ لا المِثلُ بِدَلِيلِ هَذا الحَدِيثِ، قَالَ: القِيمَةُ أَعْدَلُ فِي ذَلِكَ.

(١) المصنف: ٩/ ١٤٩.

وَهُوَ قَولُ الكُوفِيِّينَ.

وَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ، وَأَصْحابُهُ، وَدَاوُدُ إِلى أَنَّ القِيمَةَ لا يُقضى بِهَا فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إِلا عِنْدَ عَدَمِ المِثْلِ.

وَحُجَّتُهم فِي ذَلِكَ ظَاهِرُ قَولِ اللَّهِ تَعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦] [وَلَمْ يَقُلْ بِقِيمَةِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ].

وَهَذَا عِنْدَهُم عَلى عُمومِهِ فِي الأشْيَاءِ كُلِّها.

وَاحْتَجُّوا أَيضاً بِحَدِيثِ حُمَيدٍ، عَنْ أَنَسٍ: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ، فَأَرْسَلَتْ إِحْدى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ جَارِيَةً بِقَصْعَةٍ فِيها طَعَامٌ، قَالَ: فَضَرَبَتْ بِيَدِها، فَكَسَرَتِ القَصْعَةَ، وَسَقَطَ الطَّعَامُ فَأَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الكِسْرَتَيْنِ فَضَمَّ إِحْدَاهُما إِلى الأُخْرى، وَجَعَلَ يَجْمَعُ فِيها الطَّعَامَ، وَيَقُولُ: «غَارَتْ أُمُّكُم، كُلُوا»، فَأَكَلُوا، وَحبسَ الرَّسُول والقَصْعَة حَتَّى جَاءَتْ قَصْعَةُ الَّتِي هُوَ فِي بَيْتِها، وَدفعَ القَصْعَةَ الصَّحِيحَةَ إِلى الرَّسُولِ، وَحَبسَ المَكْسُورَةَ فِي بَيْتِهِ[1].

وَمِثْلُ ذَلِكَ حَدِيثُ فُلَيْت بْنِ خليفة العامريِّ، وَيُقالُ لَهُ: قليتُ عَنْ جَسْرةَ بِنْتِ دجاجةَ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: مَا رَأَيْتُ صَانِعاً طَعاماً مِثْلَ صفيَّةَ بِنْتِ حُيَيٍّ، صَنَعَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ طَعَاماً، فَبَعَثَتْ بِهِ، فَأَخَذَنِي، أَفْكَلٌ، وَكَسَرْتُ الإِنَاءَ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ؟ فَقالَ: «إِنَاءٌ مِثْلُ إِنَاءٍ، وَطَعامٌ مِثْلُ طَعام»[2].

قَالَ مَالِكٌ[3]: وَالأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ يُعْتِقُ سَيِّدُهُ مِنْهُ شِقْصاً؛ ثُلُثَهُ أَوْ رُبُعَهُ أَوْ نِصْفَهُ أَوْ سَهْماً مِنَ الأَسْهُمِ بَعْدَ مَوْتِهِ، أَنَّهُ لا يَعْتِقُ مِنْهُ إِلا مَا أَعْتَقَ سَيِّدُهُ وَسَمَّى مِنْ ذَلِكَ الشِّقْصِ، وَذَلِكَ أَنَّ عَتَاقَةَ ذَلِكَ الشِّقْصِ، إِنَّمَا وَجَبَتْ وَكانَتْ، بَعْدَ وَفَاةِ الْمَيِّتِ وَأَنَّ سَيِّدَهُ كَانَ مُخَيَّراً فِي ذَلِكَ مَا عَاشَ، فَلَمَّا وَقَعَ الْعِتْقُ لِلْعَبْدِ عَلى سَيِّدِهِ الْمُوصِي، لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِي إِلا مَا أَخَذَ مِنْ مَالِهِ، وَلَمْ يَعْتِقْ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ؛ لأَنَّ مَالَهُ قَدْ صَارَ لِغَيْرِهِ، فَكَيْفَ يَعْتِقُ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ عَلَى قَوْمٍ آخَرِينَ لَيْسُوا هُمُ ابْتَدَؤوا الْعَتَاقَةَ، وَلا أَثْبَتُوهَا، وَلا لَهُمُ الْوَلاءُ، وَلا يَثْبُتُ لَهُمْ. وَإِنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ الْمَيِّتُ، هُوَ

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح باب ١٠٧، وأبو داود في البيوع باب ٨٩، والنسائي في عشرة النساء باب ٤، وابن ماجه في الأحكام باب ١٤، والدارمي في البيوع باب ٥٨، وأحمد في المسند ٣/ ١٠٥، ٢٦٣.

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع باب ٨٩، والترمذي في الأحكام باب ٢٣، والنسائي في عشرة النساء باب ٤، وأحمد في المسند ٦/ ١٤٨، ٢٧٧.

(٣) الموطأ، ص٧٧٢، ٧٧٣.

الَّذِي أعْتَقَ وَأثْبتَ لَهُ الْوَلاءُ، فَلا يُحْمَلُ ذَلِكَ فِي مَالِ غَيْرِهِ، إلا أنْ يُوصِيَ بِأنْ يَعْتِقَ مَا بَقِيَ مِنْهُ فِي مَالِهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لازِمٌ لِشُرَكَائِهِ وَوَرَثَتِهِ وَلَيْسَ لِشُرَكَائِهِ أنْ يَأْبَوْا ذَلِكَ عَلَيْهِ وَهُوَ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ؛ لأنَّهُ لَيْسَ عَلى وَرَثَتِهِ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَوْ أعْتَقَ رَجُلٌ ثُلُثَ عَبْدِهِ وَهُوَ مَرِيضٌ، فَبَتَّ عِتْقَهُ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ فِي ثُلُثِهِ، وَذَلِكَ أنَّهُ لَيْسَ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُلِ يُعْتِقُ ثُلُث عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، لأنَّ الَّذِي يُعْتِقُ ثُلُثَ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، لَو عَاشَ رَجَعَ فِيهِ وَلَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ، وَأنَّ الْعَبْدَ الَّذِي يَبِتُّ سَيِّدُهُ عِتقَ ثُلُثِهِ فِي مَرَضِهِ، يَعْتِقُ عَلَيْهِ كُلُّهُ إنْ عَاشَ، وَإِنْ مَاتَ أُعْتِقَ عَلَيْهِ فِي ثُلُثِهِ وَذَلِكَ أنَّ أمْرَ الْمَيِّتِ جَائِزٌ فِي ثُلُثِهِ، كَمَا أنَّ أمْرَ الصَّحِيحِ جَائِزٌ فِي مَالِهِ كُلِّهِ.

قال أبو عمر: قَدْ أتْقَنَ مَالِكٌ مَا ذَكَرَهُ فِي المُوصي [illegible] حِصَّتَهُ في عَبْدٍ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ غَيرِهِ، وَفِي الَّذِي بتلَ عتْقَ حِصَّتِهِ فِي مَرَضِهِ، وَعلى مَا ذَكَرَهُ فِي الوَصِيَّةِ جُمْهُورُ العُلماءِ، وَجماعَةُ أئِمَّةِ الفَتْوى.

وَخَالَفَهُ الكُوفيُّونَ فِي العتْقِ البتلِ فِي المَرَضِ عَلى مَا نَذْكُرُهُ فِي البَابِ الثاني بَعْدَ هَذا إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ.

وَقولُ الشَّافِعِيِّ، وَأحْمَدَ، وَإسْحاقَ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعاً مِثْلُ قولِ مَالِكٍ.

قَالَ [مالكٌ] رَحمهُ اللَّهُ: إذَا أعْتَقَ شَرِيكاً لَهُ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ عتقَ بتاتَ، ثُمَّ مَاتَ، كَانَ فِي ثُلُثِهِ كَالصَّحِيحِ فِي كُلِّ مَالِهِ.

قَالَ: وَلَو أوصى بِعتقِ النَّصِيبِ مِنْ عَبْدٍ بِعيْنِهِ لَمْ يعتقْ مِنْهُ إلا مَا أَوصى بِهِ.

وَاخْتَلَفَ أَصْحابُ مَالِكٍ فِي الَّذِي يُوصِي بِعتْقِ شِقْصٍ لَهُ مِنْ أعْبُدٍ، وَيُوصِي أنْ يُقَوَّمَ عَلَيهِ نَصِيبُ صَاحِبِهِ.

وَقالَ ابْنُ سَحْنونَ: لَمْ يَخْتَلِفْ أَصْحَابُنا فِي المُوصِي بِعتْقِ شِقْصٍ لَهُ مِنْ عَبْدٍ أنَّهُ لا يُقَوَّمُ عَلَيهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ، فَإِنْ أَوصى أنْ يُقَوَّمَ عَلَيهِ، فَقَدِ اخْتَلَفُوا فِيهِ:

وَكانَ سحْنونُ، وَغَيرُهُ يَقُولُ: يسْتهمُ عَلَيهِ؛ لأنَّهُ فِي ثُلُثِهِ كَالصَّحِيحِ فِي جَمِيعِ مَالِهِ.

قَالَ: وَرَوى ابْنُ وَهبٍ عَنْ مَالِكٍ أنَّهُ لا يُقَوَّمُ عَلَيهِ إلا أنْ يَشَاءَ الشَّرِيكُ تَقْدِيمَهُ؛ لأنَّ العتقَ لَهُ مُباحٌ.

وَفِي «العُتْبِيَّةِ» روى أَشْهَبُ، عَنْ مَالِكٍ أنَّ ذَلِكَ لِلْمُعْتقِ يُقَوَّمُ عَلَيهِ، وَلَيس للشَّرِيكِ أنْ يَأبى ذَلِكَ.

وَاخْتَلفُوا أيضاً فِي الَّذِي يعْتقُ حِصَّتَهُ مِنْ عَبْدٍ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ غَيْرِهِ، وَيَموتُ مِنْ وَقْتِهِ.

وَفِي «المُدَوَّنَةِ» قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: إِذَا مَاتَ المُعتقُ، أو أَفْلَسَ، لَمْ يُقَوَّمْ فِي مَالِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ فَرْقاً بَيْنَ تَطاولِ وَقْتِ موتِهِ، أو قُربِ ذَلِكَ، قَالَ: وَكَذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ.

وَذكرَ ابْنُ حبيبٍ أَنَّ مُطرفاً رَوى عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ إِنْ مَاتَ بِحدثان ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيهِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ تَبَاعَدَ فَلا يُقَوَّمُ عَلَيهِ.

وَذَكَرَ ابْنُ سَحْنُونَ ذَلِكَ فقالَ: إِذَا مَاتَ بحدثان ذَلِكَ قُوِّمَ عَلَيهِ؛ لأَنَّ لِلشَّرِيكِ حَقّا لا يَتطَلَّبُ المَعْرِفَةَ.

وَفِي العَتبية روى أشْهبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُقَوَّمُ على المَيِّتِ فِي رَأْسِ مَالِهِ، لا فِي ثُلُثِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

٢ ـ باب الشرط في العتق

١٤٧٣ ـ قَالَ مَالِكٌ: مَنْ أَعْتَقَ عَبْداً لَهُ فَبَتَّ عِتْقَهُ، حَتَّى تَجُوزَ شَهَادَتُهُ وَتَتِمَّ حُرْمَتُهُ وَيَثْبُتَ مِيرَاثُهُ، فَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيهِ مِثْلَ مَا يَشْتَرِطُ عَلَى عَبْدِهِ مِنْ مَالٍ أَوْ خِدْمَةٍ وَلا يَحْمِلُ عَلَيْهِ شَيْئاً مِنَ الرِّقِّ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ العَبْدُ».

قَالَ مَالِكٌ: فَهُوَ، إِذَا كَانَ لَهُ الْعَبْدُ خَالِصاً أَحَقُّ بِاسْتِكْمَالِ عَتَاقَتِهِ، وَلا يَخْلِطُهَا بِشَيْءٍ مِنَ الرِّقِّ.

قال أبو عمر: أَمَّا قَوْلُهُ فِي أَوَّلِ البَابِ أَنَّهُ لَيسَ لِمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ، وَبَتَّ عِتْقَهُ أَنْ يشْترطَ عَلَيهِ شَيْئاً مِمَّا يَشْتَرِطُهُ السَّيِّدُ على عَبْدِهِ ـ يَعني مِنْ مَالٍ، أو خِدْمَةٍ، فَإِنَّهُ يَقْضِي عَلى قَولِهِ فِيمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ، وَعَلَيكَ الَّذِي عِنْدَهُ، وَأَنْتَ حُرٌّ على أَنْ تُؤَدِّيَ إِلَيَّ كَذَا وَكَذَا.

وَقَدْ تَقَدَّمَتْ هَذِهِ المَسْأَلَةُ، وَمَا فِيها لابْنِ القاسِمِ مِنَ الخِلافِ، وَتَقَدَّمَ القَولُ فِيها، فَلا وَجْهَ لإِعَادَتِهِ.

وَأَمَّا قَولُهُ: فَهُوَ إذا كَانَ العَبْدُ لَهُ خَالِصاً ـ أَحَقُّ بِاسْتِكْمالِ عَتَاقَتِهِ، فَقَدْ تَقَدَّمَ القَولُ فِي البَابِ قَبْلَ هَذا أَنَّ رَبِيعة، وَأَبا حَنِيفَةَ، وَعُبيد اللَّهِ بْنَ الحَسَنِ العنبريَّ ـ قَاضِي البَصْرَةِ ـ كَانُوا يَقُولُونَ فِي الرَّجُلِ يعْتقُ بَعْضَ عَبْدِهِ، إلا أَنَّهُ لا يعْتقُ مِنْهُ إلا مَا عَتَقَ، وَأَنَّ العَبْدَ يَسْعى لِسَيِّدِهِ فِي قِيمَتِهِ مَا لَمْ يَعْتقْ مِنْهُ، وَأَنَّ ذَلِكَ قَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه.

١٤٧٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢، من كتاب العتق والولاء، باب ٢ (الشرط في العتق).

وَبِهِ قَالَ الحَسَنُ، وَالشَّعْبِيُّ.

وَذَكَرْنا الحَدِيثَ الَّذِي نزعَ بِهِ مَنْ قَالَ ذَلِكَ، وَأَنَّ أَهْلَ الظَّاهِرِ قَالُوا بِهِ أَيضاً، وَمِنْهُم مَنْ لَمْ يَرَ عَلى العَبْدِ سعايةً.

وَذَكَرْنا أَنَّ مَالِكاً، والشَّافعيَّ، وَأَبا يُوسُفَ، وَمُحمداً والثَّوريَّ، وَمنْ سَمَّيْناهُ مَعَهُم، قَالُوا: يعْتقُ عَلَيهِ كُلُّهُ.

وَمَا احْتجَّ بِهِ مَالِكٌ صَحِيحٌ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ العَبْدُ كُلُّهُ كَانَ أَحَقَّ بِاسْتِكْمالِ العتْقِ عَلَيهِ مِنَ الَّذِي أَعْتقَ حِصَّةً لَهُ مِنْهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غيرِهِ.

وَقَدْ ذَكَرْنا ذَلِكَ كُلَّهُ فِي «التَّمْهِيدِ»، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

٣ ـ باب من أعتق رقيقاً لا يملك مالاً غيرهم

١٤٧٤ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، وَعَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ، عَنِ الْحَسَنِ بْنِ أَبِي الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ؛ أَنْ رَجُلاً فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَعْتَقَ عَبِيداً لَهُ، سِتَّةً عِنْدَ مَوْتِهِ، فَأَسْهَمَ[1] رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمْ فَأَعْتَقَ ثُلُثَ تِلْكَ الْعَبِيدِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَبَلَغَنِي أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِذَلِكَ الرَّجُلِ مَالٌ غَيْرُهُمْ.

١٤٧٥ ـ مَالِكٌ: عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمنِ؛ أَنَّ رَجُلاً فِي إِمَارَةِ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ أَعْتَقَ رَقِيقاً لَهُ، كُلَّهُمْ جَمِيعاً، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ، فَأَمَرَ أَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ بِتِلْكَ الرَّقِيقِ فقُسِمَتْ أَثْلاثاً، ثُمَّ أَسْهَمَ عَلى أَيِّهِمْ يَخْرُجُ سَهْمُ الْمَيِّتِ فَيَعْتِقُونَ، فَوَقَعَ السَّهْمُ عَلَى أَحَدِ الأَثْلاثِ، فَعَتَقَ الثُّلُثُ الَّذِي وَقَعَ عَليهِ السَّهْمُ.

قال أبو عمر: ذَكَرَ مَالِكٌ فِي هَذَا البَابِ سُنَّةً، وَعَملاً بِالمَدِينَةِ، فَالسُّنَّةُ فِي ذَلِكَ رَوَاهَا عمْرانُ بْنُ حصينٍ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ، عَنِ النبيِّ ﷺ.

وَحَدِيثُ عمْرانَ أَشْهَرُ وَأَكْثَرُ طُرُقاً، وَهِيَ سُنَّةٌ انْفَرَدَ بِها أَهْلُ البَصْرَةِ، وَاحْتاجَ فِيها إِلَيهم أَهْلُ المَدِينَةِ وَغيرُهم.

رَوَاهَا عَنْ عمْرانَ بْنِ حصينٍ الحَسَنُ، وَابْنُ سِيرِينَ، وَأَبُو المهلبِ الجرميُّ، وَرَواها عَنِ الحَسَنِ، عَنْ عمرانَ بْنِ حصينٍ جماعَةٌ مِنْهُم: قَتادَةُ، وَحُميدٌ الطَّويلُ،

١٤٧٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣، من كتاب العتق والولاء، باب ٣ (من أعتق رقيقاً لا يملك مالاً غيرهم)، وقد أخرجه موصولاً عن عمران بن حصين، مسلم في الأيمان، باب ١٢ (من أعتق شركاً له في عبد) حديث ٥٦، وأبو داود في العتق حديث ٣٩٦١.

(١) أسهم: أي أقرع.

١٤٧٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤، من الكتاب والباب السابقين.

وَسماكُ بْنُ حَربٍ، وَيونُسُ بْنُ عُبَيْد، وَمُباركُ بْنُ فضالَةَ، وَخالِدٌ الحَذاءُ.

وَرَواهَا عَنْ مُحمدِ بْنِ سِيرِينَ، عَنْ عمْرانَ بْنِ حصينٍ: أَيُّوبُ السختيانيُّ، وَهشامُ بْنُ حَسَّانَ، وَيحيى بْنُ عتيقٍ، وَيَزِيدُ بْنُ إِبراهِيمَ التستريُّ، وَغَيرُهُمْ.

وَرَوى هَذا الحَدِيثَ يَزِيدُ التّستريُّ، عَنِ الحَسَنِ، وَابْنُ سِيرِينَ، جَمِيعاً، عَنْ عمْرانَ بْنِ حصينٍ.

[وَرَواهُ أَيُّوبُ وَغيرُهُ، عَنْ أَبي قلابَةَ، عَنْ أَبي المهلبِ، عَنْ عمْرانَ بْنِ حصينٍ].

وَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ فَرواهُ مُحمدُ بْنُ زِيادٍ، عَنْ أَبي هُرَيْرَةَ.

وَرَوى إِسْماعِيلُ بْنُ أُمَيَّةَ، وَقَيْسُ بْنُ سَعْدٍ، وَسُلَيمانُ بْنُ مُوسى، كُلُّهم سَمِعُوا مَكْحُولاً، يقولُ: سَمِعْتُ سَعِيدَ بْنَ المُسَيَّبِ يَقُولُ: أَعْتَقَتِ امْرَأَةٌ، وَفِي رِوايَةِ قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ: أَعْتَقَتِ امْرَأَتُهُ، أو رَجَلٌ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَها عِنْدَ المَوتِ عَلى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَيسَ لَها مَالٌ غَيرُهُم، فَأَقْرَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُم، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً[(١)].

وَقَدْ ذَكَرْنَا طُرُقَ هَذا الحَدِيثِ بِالأَسَانِيدِ فِي «التَّمْهِيدِ»، وَنَذْكُرُ هُنَا مِنْها طَرفاً.

أَخْبَرنا أَحْمَدُ بْنُ مُحمدٍ، قالَ: حَدَّثَني أَحْمَدُ بْنُ الفَضْلِ، قالَ: حَدَّثَني مُحمدُ بْنُ جريرٍ، قالَ: حدَّثني أَبو كريبٍ، قالَ: حدَّثني وَكِيعٌ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، عَنِ الحَسَنِ، وَابْنُ سِيرِينَ، عَنْ عمرانَ بْنِ حصينٍ: «أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ فِي مَرَضِهِ، فَأَقْرَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُم، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً»[(٢)].

لَيسَ فِي هَذَا الحَدِيثِ، وَلا فِي حَدِيثِ مَالِكٍ: لَيسَ لَهُ مَالٌ غَيرُهُم، وَقَدْ ذَكَرَ ذَلِكَ غَيرُ وَاحِدٍ مِنَ الثِّقاتِ فِي هَذا الحَدِيثِ.

حَدَّثني مُحمدُ بْنُ خَلِيفةَ، قَالَ: حَدَّثني مُحمدُ بْنُ الحَسَنِ البغداديُّ، قَالَ: حَدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ صَالِحِ البخاريُّ، قَالَ حدثنا عَبْدُ الأَعلى بْنُ حَمَّادٍ النَّرْسِيِّ قالَ: حدثنا حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، عَنْ أَيُّوبَ، عَنْ مُحمدِ بْنِ سِيرِينَ، عَنْ عمْرانَ بْنِ حُصينٍ، وَعَنْ قَتادَةَ، وَحُميدٍ، وَسماكٍ، عَنِ الحَسَنِ، عَنْ عمرانَ بْنِ حصينٍ: «أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ، لَيسَ لَهُ مَالٌ غيرُهم، فَأَقْرَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُم، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَتَركَ أَرْبَعَةَ فِي الرِّقِّ»[(٣)].

---

(١) أخرجه مسلم في الأيمان حديث ٥٦، وأبو داود في العتاق باب ١٠، والنسائي في الجنائز باب ٦٥، وابن ماجه في الأحكام باب ٢٠، وأحمد في المسند ٤/٤٢٦، ٤٣١، ٤٣٨، ٤٤٠، ٥/٣٤١.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٤/٤٢٨، ٤٤٥، ٤٤٦.

وَحدَّثَنِي عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفيانَ قَالَ: حَدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصْبغ، قالَ: حدَّثني حَمَّادُ بْنُ بكرٍ، وحدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قالَ: حَدَّثني مُحمدُ بْنُ بَكْرٍ، قالَ أَبُو أَبو دَاوُدَ: قَالَ حدَّثني مُسددٌ، قالَ: حدَّثني حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عتيقٍ، وَأَيّوبُ عَنْ مُحمدِ بْنِ سِيرِينَ، عَنْ عمرانَ بْنِ حصينٍ: «أنَّ رَجُلاً أَعْتقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ عِنْدَ موتِهِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيرُهم، فَبلغَ ذَلِكَ النَّبيَّ ﷺ، فَأَقْرعَ بَيْنَهُم، فَأَعْتقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً».

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلَمَاءُ فِي الرَّجُلِ يَعْتقُ فِي مَرضِهِ عِنْدَ مَوتِهِ عَبيداً لَهُ، وَلا مَالَ لَهُ غَيرُهُم:

فَقالَ مَالِكٌ، وَالشَّافعيُّ، وَأَصْحَابُهما بِهَذا الأثَرِ الصَّحِيحِ، وَذَهَبُوا إِليهِ.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ، وَدَاوُدُ، والطَّبريُّ، وَجَماعَةٌ مِنْ أَهْلِ الرَّأْيِ والحَدِيثِ.

ذَكرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ، عَنْ مَالِكٍ، قَالَ: مَنْ أَعْتقَ عَبيداً لَهُ عِنْدَ مَوتِهِ لَيسَ لَهُ مَالٌ غَيرُهم قُسمُوا أثلاثاً، ثُمَّ يُسْهَمْ بَيْنَهم، فَيعتقُ ثُلُثُهم بِالسَّهْمِ، وَيرقُّ مَا بَقِيَ وَإِنْ كَانَ بِيْنَهُم فضلٌ رُدَّ السَّهمُ عَلَيهم، فأَعْتقَ الفَضْلُ، وَسَواءٌ تَرَكَ مَالاً غَيْرَهُم، أو لَمْ يَتْرُكْ.

قَالَ: وَمَنْ أَعْتقَ رَقِيقاً لَهُ عِنْدَ المَوتِ، وَعَلَيهِ دَيْنٌ يحِيطُ بِنِصْفِهِم، فَإِنِ اسْتَطَاعَ أَنْ يعتقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفَهُ فَعَلَ ذَلِكَ بِهِمْ.

قَالَ: وَمَنْ قَالَ: ثُلُثُ رَقِيقِي حُرٌّ أَسْهِمَ بَيْنَهُم، وَإِنْ أَعتقَ كلَّهم أَسْهِم بَيْنَهم إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُم.

وَإِنْ قَالَ: ثُلُثُ كُلِّ رَأْسٍ حُرٌّ، وَنِصْفُهُ لَمْ يسهم بَيْنَهُم.

وَقالَ ابْنُ القاسم: كُلُّ مَنْ أوصى بِعتْقِ عَبِيدِهِ، أو بتل عتقهم فِي مَرضِهِ، وَلَمْ يدعْ غَيْرَهُم فَإِنَّهُ يعتقُ بِالسَّهم ثُلُثهم.

وَكَذلِكَ لَو تَرَكَ مَالاً، وَالثُّلثُ لا يَسعُهم لأعْتقَ مَبلغَ الثُّلُثِ مِنْهُم بِالسَّهْمِ.

وَكَذَلِكَ لَو أَعْتقَ مِنْهُم جزْءاً سَمَّاهُ، [أو عَدَداً سَمَّاهُ].

وَكَذَلِكَ لَو قَالَ: رَأْسٌ مِنْهم حُرٌّ، فَالسَّهْمُ يعْتقُ مِنْهُم مَنْ يعتقُ إِنْ كَانُوا خَمْسَةً، فَخُمسُهم، وَإِنْ كَانُوا سِتَّةً فَسُدسُهم، خرجَ لِذلك أَقَلُّ مِنْ وَاحِدٍ، أو أَكْثَرُ.

وَقالَ: لَو قَالَ عشرهم، وَهُمْ سِتُّونَ عتقَ سُدسُهم أَخرجَ السَّهمُ أَكْثَر مِنْ عَشرةٍ، أو أَقلَّ.

وَهَذا كُلُّهُ مَذْهَبُ مَالِكٍ.

وَلَمْ يَخْتَلِفْ مَالِكٌ، وَأَصْحابُهُ فِي الَّذِي يُوصِي بعتقِ عَبِيدِهِ فِي مَرَضِهِ، وَلا مَالَ لَهُ غيرُهم أنَّهُ يقرعُ بَيْنَهُم، فيعتقُ ثُلثُهم بِالسَّهمِ.

وَكَذَلِكَ لَمْ يَخْتَلِف الأكْثَرُ مِنْهُم أنَّ هَذا حُكْمُ الَّذِي أعْتقَ عَبِيدَهُ فِي مَرَضِهِ عتْقاً بتلاً، وَلا مَالَ لَهُ غَيرُهم.

وَقالَ أشْهبُ، وأصبغُ: إنَّما القُرعَةُ فِي الوَصِيَّةِ، وَأمَّا البتلُ، فَهُمْ كَالمُدَبَّرِينَ.

قال أبو عمر: حُكْمُ المُدَبَّرينَ عِنْدَهُم إذا دَبَّرَهُم سَيِّدُهم فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَنَّهُ لا يُبدّي بَعْضهم عَلى بَعْضٍ، وَلا يقرعُ بَيْنَهم، [ويقضى الثلث عَلى جَمِيعهم بِالقِيمَةِ]، فَيعتقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم حِصَّتَهُ مِنَ الثُّلثِ، وَإِنْ لَمْ يَدَعْ مَالاً غَيْرَهم عتقَ ثلثُ كُلِّ وَاحِدٍ وَإِنْ دَبَّرَ فِي مَرَضِهِ وَاحِداً بَعْدَ وَاحِدٍ بُدِئَ بِالأوَّلِ فَالأوَّلِ، كَما دَبَّرَهُم فِي الصِّحَّةِ، أو فِي مَرَضِهِ، ثُمَّ صَحَّ.

قال أبو عمر: قَولُ أَشْهَبَ، وَأَصبغ خِلافُ السُّنَّةِ المَذْكُورَةِ فِي صَدْرِ هَذا البَابِ، وَخِلافُ أَهْلِ الحجازِ، وَأَهْلِ العِرَاقِ، وَلَمْ تَرِد السُّنَّةُ إلا فِيمَنْ أَعْتقَ فِي مَرَضِهِ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ عتقاً بتلاً، وَلا مَالَ لَهُ غَيرُهم، لا فِيمَنْ أوصى بعتْقِهِم، فَحَكَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِيهم بِحُكْمِ الوَصَايَا، فَأَرَقَّ ثُلُثَيْهِم، وَأَعْتقَ ثُلُثَهم، فَكَيْفَ يَجُوزُ لأحَدٍ أَنْ يَقُولَ بِالحَدِيثِ فِي الوَصِيَّةِ دُونَ العتْقِ البتلِ، فَيخالفُهم نَصَّهُ، وَيَقُولُ بِمَعْنَاهُ.

وَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ، وَابْنِ كنانةَ، وَابْنِ الماجشُونِ، وَمطرفٍ، قَالُوا: إِذَا عتقَ الرَّجُلُ فِي مَرَضِهِ عَبِيداً لَهُ عتقاً بتلاً، أو أوصى لَهُمْ بِالعَتَاقَةِ كُلِّهم، أو بَعْضِهِم سَمَّاهُم أو لَمْ يُسَمِّهم إلا أَنَّ الثُّلُثَ لا يَحْملُهم أَنَّ السَّهْمَ يُجْزِئُ فِيهم كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهُم أو لَمْ يَكُنْ.

قالَ ابْنُ حبيبٍ: وَقالَ ابْنُ نَافعٍ: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهُم لَمْ يسهمْ بَيْنَهم، وَأعتقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مَا يَنوبهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُم، أو كَانَ لَهُ مَالٌ تَافِهٌ، فَإِنَّهُ يقرعُ بَيْنَهُم.

وَقالَ الشَّافعيُّ: وَإِذا أَعْتقَ الرَّجُلُ فِي مَرَضِهِ عَبِيداً لـه، عتقَ بتات، انْتُظرَ بِهِم، فَإِنْ صَحَّ عتقُوا مِن رَأْسِ مَالِهِ، وَإِنْ مَاتَ وَلا مَالَ لَهُ غَيرُهم أُقْرعَ بَيْنَهم، وَأَعتقَ ثُلُثُهم.

قالَ الشَّافعيُّ: والحُجَّةُ فِي أَنَّ العتقَ البتاتَ فِي المَرَضِ وَصِيَّةٌ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْرَعَ بَيْنَ سِتَّة مَمْلُوكِينَ أَعْتَقَهُم الرَّجُلُ فِي مَرَضِهِ وَأَنْزَلَ عِتْقَهُمْ وَصِيَّةً، فَأَعْتقَ ثُلُثَهُمْ.

قَالَ الشَّافعيُّ: وَلَو أعتقَ فِي مَرَضِهِ عَبْداً لَهُ عتقَ بتات، وَلَهُ مُدبَّرُونَ، وَعَبيدٌ،

أوصى بعتقهم بَعْدَ مَوتِهِ بُدِيءَ بِالَّذِينَ بَتَّ عِتْقَهم فِي مَرَضِهِ؛ لأنَّهُم يعْتقُونَ عليهِ إنْ صَحَّ، وَلَيسَ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهم بِحَالٍ.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: والقُرعَةُ أَنْ تُكْتَبَ رقاعٌ، ثُمَّ يكتبُ أسْماءُ العَبيدِ، ثُمَّ يُبَندقُ بنادق مِنْ طينٍ، ثُمَّ يجعلُ فِي كُلِّ بندقةٍ رقعةً، وَيجري الرقيقُ أثْلاثاً، ثُمَّ يُؤْمَرُ رَجلٌ مِنْهُم لَمْ يَحْضرِ الرِّقاعَ، فَيخرجُ رقْعةً عَلى كُلِّ جُزْءٍ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَوُوا فِي القِيمَة عدلُوا، وَضُمَّ قَلِيلُ الثَّمَنِ إِلى كَثِيرِ الثَّمَنِ، وَجعلُوهُ ثَلاثَةَ أَجْزاءٍ، قَلُّوا أو كَثُرُوا، إلا أنْ يَكُونُوا عَبْدَيْنِ، فَإِنْ وَقَعَ العِتْقُ عَلى جُزْءٍ فِيهِ عدةُ رَقيقٍ أقَلُّ مِنَ الثُّلثِ أُعِيدتِ الرقعةُ بَيْنَ السَّهْمينِ البَاقِيَيْنِ، فَأَيُّهم وَقَع عَلَيهِ أَعْتقَ مِنْهُ بَاقِي الثُّلُثِ.

قَالَ أحْمَدُ بْنُ حَنبلٍ فِي هَذا كُلِّهِ كَقَولِ الشَّافعيِّ سَواءً.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: أخْبرنا ابْنُ جُريجٍ، قالَ: أخْبرني سُليمانُ بْنُ مُوسى، قَالَ: سَمعْتُ مَكْحُولاً يَقُولُ: أَعْتَقَتِ امْرَأَةٌ مِنَ الأَنْصارِ عَبيداً لَها سِتَّةً، لَمْ يَكُنْ لَها مَالٌ غيرُهم، فَلَمَّا بَلَغَ النبيَّ ﷺ غَضبَ وَقالَ فِي ذَلِكَ قَولاً شَدِيداً، ثُمَّ دَعَا بِسِتَّةِ قِدَاحٍ، فَأَقْرعَ بَيْنَهُم، فَأَعْتقَ اثْنَيْنِ.

قَالَ سُليمانُ بْنُ مُوسى: كُنْتُ أُراجعُ مَكْحُولاً، فَأَقُولُ: إنْ كَانَ عبد ثمن ألف دينار أصَابَتْهُ القرْعَةُ ذَهَبَ المَالُ، فقالَ: قِفْ عِنْدَ أَمْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ ابْنُ جريجٍ: قُلْتُ لِسُليمانَ: الأمْرُ يسْتَقِيمُ عَلى مَا قالَ مَكْحُولٌ، قالَ: كَيْفَ؟ قُلْتُ: يقيمونَ قِيمةً، فَإِنْ زَادَ اللَّذَانِ أَعْتقَا عَلى الثُّلثِ أخذ مِنهما الثُّلثُ، وَإِنْ نقصا عتقَ مَا بَقِي أيضاً بِالقُرعةِ، فَإِنْ فضلَ عَليهِ أخذَ مِنْهُم.

قالَ: ثُمَّ بَلَغَنَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقَامَهُم.

قال أبو عمر: قَدْ رُوِيَ فِي حَدِيثِ ابْنِ سِيرِينَ، عَنْ عمرانَ بْنِ حصينٍ أَنَّ النبيَّ ﷺ جَزَّأَهُم ثَلاثَةَ أَجْزاءٍ، وَهَذا يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ أَقَامَهُمْ، وَعدلَهم بالقِيمَةِ، وَلا يمكنُ غيرُ ذَلِكَ فِي إِخْرَاجِ الثُّلُثِ.

قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ خليفةَ، قالَ: حدَّثني محمدُ بْنُ الحُسينِ، قالَ: حدَّثني عبد الله بن أبي دَاوُدَ، قالَ: حَدَّثني عَلِيُّ بْنُ نصرٍ، قالَ: حَدَّثني يَزِيدُ بْنُ زريعٍ، قالَ: حدَّثني هشام بْنُ حسَّان، عَنْ مُحمدِ بْنِ سِيرِينَ، عَنْ عمرانَ بْنِ حصينٍ أَنَّ رَجُلاً كَانَ لَهُ سِتَّةُ أَعْبُدٍ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غيرُهم، فَأَعْتَقَهُم عِنْدَ مَوتِهِ، فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلى النبيِّ ﷺ، فَجَزَّأَهُم ثَلاثَةَ أَجْزَاءٍ، فَأَعْتقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً.

وَهَذا كُلُّهُ قَولُ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ، وَمَنْ ذَكَرْنا مَعَهُم.

وَقالَ أَبو حَنِيفَةَ فِيمَنْ أَعْتَقَ عَبيداً لَهُ فِي مَرَضِهِ، وَلا مَالَ لَهُ غَيرُهُم: عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُم ثُلُثُهُ، وَسَعوا فِي البَاقِي.

وَهُوَ قولُ الحَسَنِ بْنِ حَيّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: حُكْمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهم مَا دَامَ يَسْعى حُكْمُ المُكَاتَبِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ: هُمْ أَحْرَارٌ، وَثُلُثَا قِيمتَهم دَيْنٌ عَلَيهم يَسْعُونَ فِي ذَلِكَ حَتَّى يُؤَدُّوهُ إِلى الوَرَثَةِ.

قال أبو عمر: رَدَّ الكُوفِيُّونَ السُّنَّةَ المَأْثُورَةَ فِي هَذَا البَابِ إِمَّا بِأَنْ لَمْ يَبْلُغْهُم، أو بِأَنْ لَمْ تَصِحَّ عَنْهُم، وَمِنْ أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَصْحابِهِ عرضُ أَخْبارِ الآحَادِ عَلى الأُصُولِ المُجْتَمَعِ عَلَيها، أو المَشْهُورَةِ المُنتشرَةِ.

وَالحُجَّةُ قَائِمَةٌ عَلى مَنْ ذَهَبَ مَذْهَبَهُم بِالحَدِيثِ الصَّحِيحِ الجامع فِي هَذا البَابِ، وَلَيسَ الجَهْلُ بِالسُّنَّةِ، وَلا الجَهْلُ بِصحَّتِها عِلَّةٌ يَصِحُّ لِعَاقِلِ الاحْتِجاجُ بِها، وَقَدْ أَنْكَرَها قَبْلَهم شَيْخُهُم؛ حَمَّادُ بْنُ أَبِي سُليمانَ.

وَرَوى مؤملُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، عَنْ حَمَّادِ بْنِ زَيْدٍ، عَنْ مُحمدِ بْنِ ذكوانَ أَنَّهُ سَمِعَ حَمَّادَ بْنَ أبي سُليمانَ، وَذَكرَ الحَديثَ الَّذِي جَاءَ فِي القرْعَةِ بَيْنَ الأَعْبُدِ السِّتَّةِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُم سَيِّدُهُم فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ.

قَالَ: هَذا قَولُ الشيخ يَعْني إبليس، فَقالَ مُحمدُ بْنُ ذكوانَ لَهُ: وَضعَ القَلَمُ عَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ، فَقَالَ لَهُ حَمَّادٌ: مَا دَعاكَ إِلى هَذَا؟ فَقَالَ لَهُ مُحمدُ بْنُ ذكوانَ، وأَنْتَ مَا دَعَاكَ إِلى هَذا؟ قالَ: وَكانَ حَمَّادٌ رُبَّما صرعَ فِي بَعْضِ الأَوْقَاتِ.

قال أبو عمر: بَنى الكُوفِيُّونَ مَذْهَبَهُم عَلى أَنَّ العَبيدَ المُعْتَقِينَ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ فِي مَرَضِ المَوتِ قَدِ اسْتَحَقَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُم العتْقَ، لَو كَانَ لِسَيِّدِهم مَالٌ يخْرجُونَ مِنْ ثُلثِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ لَمْ يَكُنْ وَاحِدٌ مِنهُم أَحَقَّ بالعتْقِ مِنْ غَيرِهِ، وَكَذَلِكَ عتقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثُه، وَسعى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ لِلْوَرَثَةِ؛ لِقَولِهم بالسعَايَةِ فِي حَدِيثِ أَبِي هُرَيرة فِي مُعْسرٍ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ مِنْ عَبْدٍ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ آخرَ عَلى مَا قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ فِي مَا مَضى مِنْ هَذا الكِتَابِ.

وَهَذا عِنْدَنا لا يَجُوزُ أَنْ تَرَدَّ سُنَّةٌ بِمَعْنى مَا فِي أُخْرى إِذَا أمكن اسْتِعْمالُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما بِوَجْهٍ مَا، وَبِاللَّهِ التَّوفِيقُ، والصَّوابَ لا شَرِيكَ لَهُ.

وَفِي حَدِيثِ هَذَا البَابِ مِنَ الفِقْهِ أيضاً دَلِيلٌ عَلى أَنَّ الوَصِيَّةَ جائِزَةٌ لِغَيرِ الوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ؛ لأَنَّ عتقَهم فِي العَبِيدِ لِمَرَضِهم وَصِيَّةٌ لَهُمْ، وَمَعْلُومٌ أَنَّهُمْ لَمْ يَكُونُوا بوالدين

لِمَالِكِهِم المُعْتقِ لَهُم، وَلا بِأَقْربينَ لَهُ، وَقَدْ قَالَ بِأَنَّ الوَصِيَّةَ لا تَجُوزُ إلا لِلأَقْربينَ غَيرِ الوَارِثينَ وَلا تَجُوزُ لِغَيرِهم، وَلا عِنْدَ عَدَمِهِم طَائِفَةٌ مِنَ التَّابِعِينَ.

وَسَيَأْتِي ذِكْرُ ذَلِكَ - إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى فِي كِتَابِ الوَصَايا[1].

وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلى أنَّ أَفْعَالَ المَرِيضِ كُلَّها مِنْ عتْقٍ وَهِبَةٍ، وَعَطِيَّةٍ كَالوَصِيَّةِ، لا يَجُوزُ فِيها أَكْثَرُ مِنَ الثُّلُثِ.

وَقَدْ خَالَفَ فِي ذَلِكَ قَومٌ زَعَمُوا أنَّ أَفْعالَ المَرِيضِ فِي رَأْسِ مَالِهِ كَأَفْعالِ الصَّحِيحِ، وَلَمْ يَجْعَلُوا ذَلِكَ كَالوَصَايَا، وَيَأْتِي ذِكْرُ ذَلِكَ كُلِّهِ فِي الوَصَايَا - إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

وَفِيهِ أيضاً إِبْطالُ السعايَةِ مَعَ دَلِيلِ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ فِي ذَلِكَ، وَاللَّهُ المُوَفِّقُ.

٤ ـ باب القضاء في مال العبد إذا عتق

١٤٧٦ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ؛ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ: مَضَتِ السُّنَّةُ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا عَتَقَ تَبِعَهُ مَالُهُ.

قال أبو عمر: قَالُوا: إِنَّهُ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ أَعْلَمَ بِسُنَّةٍ مَاضِيَةٍ مِنِ ابْنِ شِهابٍ الزُّهريِّ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ العُلماءُ قَدِيماً وَحَدِيثاً فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ:

فَقالَ أَكْثَرُ أَهْلِ المَدِينَةِ: إِذَا أُعْتِقَ العَبْدُ، فَمالُهُ لَهُ دُونَ السَّيِّدِ.

وَهُوَ قَولُ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ، وَاللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ، وَالأَوْزاعِيِّ.

وَبِهِ قَالَ الشَّافعيُّ بِالعِرَاقِ فِي «القَدِيم» الَّذِي يَرْوِيهِ الزَّعفرانيُّ عَنْهُ.

وَحُجَّةُ مَنْ ذَهَبَ هَذا المَذْهَبَ حَدِيثُ عُبيدِ اللَّهِ بْنِ أبي جَعْفرٍ، عَنْ بكيرِ بْنِ الأشَجِّ، عَنْ نَافع، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ عَبْداً لَهُ، فَمَالُهُ لَهُ، إِلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ السَّيِّدُ»[2].

رَواهُ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَغيرُهُ، عَنْ عُبيدِ اللَّهِ بْنِ عمر، هَكَذا بِإِسْنَادِهِ هَذا، وَلَمْ يَرْوِهِ أَحَدٌ مِنْ أَصْحابِ نافع كَذَلِكَ، وإِنَّما الَّذِي عند أَصْحابِ مَالِكٍ: نَافِعٌ، وَعُبيدُ اللَّهِ، وَأَيُّوبُ وَغيرهم، عَنْ نَافع، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ بَاعَ عَبْداً، وَلَهُ مَالٌ، فَمالُهُ لِلْبَائِعِ إِلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ.

---

(١) تقدم كتاب الوصايا، قبل كتاب العتق والولاء.

١٤٧٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥، من كتاب العتق والولاء، باب ٤ (القضاء في مال العبد إذا عتق).

(٢) أخرجه أبو داود في العتق باب ١١، حديث ٣٩٦٢، وابن ماجه في العتق باب (من اعتق عبداً وله مال).

هَكَذا يَرْوِيهِ نَافِعٌ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، عَنْ عُمَرَ[١].

وَيَرْوِيهِ سَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، [عَنْ أَبِيهِ]، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ شِهَابٍ، وَغيرِهِ عَنْ سَالِمٍ[٢].

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ فِي العَبْدِ يعْتقُ أَنَّهُ يتبعُهُ مَالُهُ، وَكَانَ يَأْذَنُ لِعَبِيدِهِ فِي التَّسَرِّي.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: «العَبْدُ إِذَا أُعْتِقَ تَبِعَهُ مَالُهُ».

وَبِهِ قَالَ الحَسَنُ البَصريُّ، وَطاوسٌ، وَمُجاهدٌ، وَعَطاءٌ، وَالزُّهريُّ، وَالشَّعبيُّ، والنَّخعيُّ.

وَأَمَّا خَبرُ عُبيدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي جَعْفَرٍ، فَحدَّثناهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حَدَّثني محمدُ بْنُ بكرٍ، قالَ: حَدَّثني أَبُو دَاوُدَ، قالَ: حدَّثني أَحْمَدُ بْنُ صَالِحٍ، قالَ: حَدَّثني ابْنُ وَهْبٍ، قَالَ: حَدَّثنا ابْنُ لهيعَةَ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، عَنْ عُبيدِ اللَّهِ بْنِ أبي جَعْفَرٍ، عَنْ بكيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الأشَجِّ، عَنْ نَافعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ مَمْلُوكاً وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُ العَبْدِ لِلسَّيِّدِ، إِلا أَنْ يَشْترطَهُ السَّيِّدُ».

وَكُلُّ مَنْ قَالَ: إِنَّما مَالُ العَبْدِ تبعٌ لَهُ إِذا عتقَ يَقُولُ: «إِلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ السَّيِّدُ».

وَقالَ آخَرُونَ: «إِذا عتقَ العَبْدُ فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ؛ مولاهُ».

وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ: الثَّوريُّ، وَابْنُ شبرمَةَ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، [وَأَصْحابُهُ]، وَالحَسَنُ بْنُ حي، وَعُبيدُ اللَّهِ بْنُ الحَسَنِ.

وَهُوَ قَولُ الشَّافعيِّ بِمِصْرَ فِي الكِتَابِ الجَدِيدِ، وَهُوَ تَحْصِيلُ مَذْهَبِهِ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنِ مَسْعُودٍ، وَأَنسِ بْنِ مَالِكٍ.

وَبِهِ قَالَ ابْنُ طَاوسٍ، وَالحَكَمُ بْنُ عُيَيْنَةَ.

وَإِليهِ ذَهَبَ أَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ.

وَقَدْ كَانَ أَحْمَدُ يجبرُ عَنِ القَولِ بِهِ، لِحَدِيثِ عُبَيدِ اللَّهِ بْنِ أَبي جَعْفَرٍ المَذْكُورِ.

وَقَدْ رُوِيَ خَبَرُ ابْنِ مَسْعُودٍ عَنْهُ عَنِ النَّبيِّ ﷺ، وَلا يَصِحُّ أَنَّهُ لَمْ يَرْفَعْهُ إِلا عَبْدُ الأَعْلى بْنُ أَبِي المساورِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ جِدّاً.

---

(١) أخرجه عن عمر أبو داود في البيوع باب ٤٢، حديث ٣٤٣٣.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع باب ٩٠، ٩٢، والشرب باب ١٧، والشروط باب ٢، ومسلم في البيوع حديث ٧٥، ٧٧، ٧٨، وأبو داود في البيوع باب ٤٢، والنسائي في البيوع باب ٧٥، ٧٦، وابن ماجه في التجارات باب ٣١، وأحمد في المسند ٢/٦، ٩، ٣٠، ٥٤، ٧٨، ٧١، ٣/٣٠١، ٣١٠، ٥/٣٢٦.

قال أبو عمر: سَيَأْتِي القَولُ فِي ملْكِ العَبْدِ فِي كِتَابِ البيُوعِ ـ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ـ عِنْدَ قَولِهِ ﷺ: «مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائعِ».

قَالَ مَالِكٌ[1]: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا عَتَقَ تَبِعَهُ مَالُهُ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا كُوتِبَ تَبِعَهُ مَالُهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ، وَذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ هُوَ عَقْدُ الْوَلاءِ، إِذَا تَمَّ ذَلِكَ، وَلَيْسَ مَالُ الْعَبْدِ وَالْمُكَاتَبِ بِمَنْزِلَةِ مَا كَانَ لَهُمَا مِنْ وَلَدٍ، إِنَّما أَوْلادُهُمَا بِمَنْزِلَةِ رِقَابِهِمَا لَيْسُوا بِمَنْزِلَةِ أَمْوَالِهِمَا؛ لأنَّ السُّنَّةُ الَّتِي لا اخْتِلافَ فِيهَا، أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا عَتَقَ تَبِعَهُ مَالُهُ، وَلَمْ يَتْبَعْهُ وَلَدُهُ، وَأَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا كُوتِبَ، تَبِعَهُ مَالُهُ وَلَمْ يَتْبَعْهُ وَلَدُهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضاً، أَنَّ الْعَبْدَ وَالْمُكَاتَبَ إِذَا أَفْلَسَا أُخِذَتْ أَمْوَالُهُمَا، وَأُمَّهَاتُ أَوْلادِهِمَا وَلَمْ تُؤْخَذْ أَوْلادُهُمَا؛ لأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِأَمْوَالٍ لَهُمَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضاً، أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا بِيعَ وَاشْتَرَطَ الَّذِي ابْتَاعَهُ، مَالَهُ، لَمْ يَدْخُلْ وَلَدُهُ فِي مَالِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبيِّنُ ذَلِكَ أَيْضاً، أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَرحَ، أُخِذَ هُوَ وَمَالُهُ، وَلَمْ يُؤْخَذْ وَلَدُهُ.

قال أبو عمر: الخِلافُ فِي [مَالِ] المُكاتَبِ عِنْدَ عَقْدِ كِتَابَتِهِ كَالخِلافِ فِي العَبْدِ عِنْدَ عتْقِهِ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافعيُّ، وَأَصْحابُهما يَقُولُونَ: مَالُ المُكاتَبِ لِسَيِّدِهِ، إلا مَا اكْتَسَبَهُ فِي كِتَابَتِهِ، وَولده مِنْ سريتِهِ، وَقَدْ مَضى ذَلِكَ كُلُّهُ فِي كِتَابِ المُكاتَبِ مِنْ هَذا الكِتابِ.

وَقولُهم فِي مَالِهِ أَنَّهُ لا يُؤْخَذُ فِي جِنَايَتِهِ إلا بِرِضا سَيِّدِهِ، وَعَلى سَيِّدِهِ أَنْ يسلمَ رَقبتَهُ بِالجِنَايَةِ، أو يَفْتَكَّهُ بِأَرْشِها، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيق.

٥ ـ باب عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة

١٤٧٧ ـ مَالِكٌ عَنْ نَافعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: أَيُّمَا وَلِيدَةٍ[2] وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا، فَإِنَّهُ لا يَبِيعُهَا وَلا يَهَبُهَا وَلا يُوَرِّثُهَا، وَهُوَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا، فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ.

---

(١) الموطأ، ص٧٧٥.

١٤٧٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٦، من كتاب العتق والولاء، باب ٥ (عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة) وقد أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/١٩.

(٢) وليدة: أي أمة.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ السَّلَفُ والخَلَفُ مِنَ العُلماءِ فِي عتْقِ أُمِّ الوَلَدِ، وَفِي جَوَازِ بَيْعِها:

فالثَّابِتُ عَنْ عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ أنَّها لا تُباعُ عِنْدَهُ أبداً، وَأنَّها حُرَّةٌ مِنْ رَأْسِ مَالِ سَيِّدِها.

وَرُوِيَ مِثْلُ ذَلِكَ عَنْ عُثْمانَ بْنِ عَفَّانَ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ.

وَهُوَ قَولُ الحَسَنِ، وَعَطاءٍ، وَمُجاهِدٍ، وَسَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، وَإِبْرَاهِيمَ، وَابْنِ شِهابٍ.

وَإِلى هَذا ذَهَبَ مَالِكٌ، وَالثَّوْرِيُّ، وَالأوْزاعِيُّ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَأبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أكْثَرِ كُتُبِهِ، وَقَدْ أجازَ بَيْعَها فِي بَعْضِ كُتبِهِ.

قَالَ المزنيُّ: قَدْ قَطعَ فِي أرْبَعَةَ عَشرَ مَوْضِعاً فِي كُتبِهِ بِأنْ لا تُباعَ، وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِهِ، وَعَليهِ جُمْهُورُ أصْحَابِهِ، وَأبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ، وَزُفَرُ، وَالحَسَنُ بْنُ حي، وَأحْمَدُ، وَإِسْحَاقُ، وَأبُو عُبيدٍ، وَأبُو ثَورٍ، كُلُّهم لا يَجُوزُ عِنْدَهُم بَيْعُ أُمِّ الوَلَدِ.

وَكانَ أبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، وَعَلِيٌّ، وَابْنُ عَبَّاسٍ، وَابْنُ الزُّبَيرِ، وَجَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، وَأبُو سَعِيدٍ الخدريُّ ـ رضي الله عنهم [يُجِيزُونَ بَيْعَ أُمِّ الوَلَدِ].

وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ.

وَقالَ جابِرٌ، وَأبُو سَعِيدٍ: كُنَّا نَبِيعُ أُمَّهاتِ الأوْلادِ عَلى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[١]، قَالَ: أخبرنا ابْنُ جُريجٍ، قَالَ: أخبْرنا أبُو الزُّبَيرِ أنَّهُ سَمعَ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ: كُنَّا نَبِيعُ أُمَّهاتِ الأوْلادِ، وَرسُولُ اللَّهِ ﷺ فِينَا، لا يرى بِذَلِكَ بَأْساً[٢].

قَالَ: وَأخْبَرنا ابْنُ جُريجٍ، قَالَ: وَأخْبرنا عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ الوَلِيدِ أنَّ أبا إِسْحاقَ الهمدانيَّ أخْبَرَهُ أنَّ أبا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ ـ رضي الله عنه ـ كَانَ يَقُولُ بِبَيْعِ أُمَّهاتِ الأولادِ فِي إِمَارَتِهِ، وَعُمَر فِي نِصْفِ إِمَارَتِهِ.

وَقالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: تعتقُ فِي نَصِيبِ وَلَدِها، [وذِي بطنِها].

وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَابْنِ الزُّبيرِ.

---

(١) المصنف: ٧/ ٢٩١.

(٢) أخرجه أبو داود في العتق باب ٨، حديث ٣٩٥٤، بلفظ: عن جابر بن عبد الله قال: بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، فلما كان عمر نهانا فانتهينا.
وأخرجه ابن ماجه في الأحكام باب (أمهات الأولاد).

قال أبو عمر: رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أنَّهُ قَالَ فِي مَارِيةِ سريتِهِ، لَمَّا وَلَدَتِ ابْنَهُ إِبْرَاهِيمَ: «أَعْتقَها وَلَدُها»[١] مع وَجْهٍ لَيسَ بِالقَوِيِّ، وَلا يثبتُهُ أهْلُ الحَدِيثِ.

وَكَذَلِكَ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ أنَّهُ قَالَ: «أيُّما امْرَأَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِها، فَهِيَ حُرَّةٌ إذا مَاتَ»[٢].

وَلا يَصِحُّ أيضاً مِنْ جِهَةِ الإسْنادِ؛ لأنَّهُ انْفَرَدَ بِهِ حُسينُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُبيدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النَّبيِّ، وَحسينٌ هَذا ضَعِيفٌ مَتْرُوكُ الحَدِيثِ.

وَالصَّحِيحُ عَنْ عِكْرِمَةَ أنَّهُ سُئِلَ عَنْ أُمِّ الوَلَدِ؟ فَقالَ: هِيَ حُرَّةٌ إِذَا مَاتَ سَيِّدُها، فَقِيلَ لَهُ، عَمَّنْ هَذا؟ قَالَ: عَنِ القُرآنِ، قَالَ: كَيْفَ؟ فَقالَ: قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ﴾ [النساء: ٥٩]، وَكَانَ عُمَرُ مِنْ أُولي الأمْرِ، قَالَ: يعتقُها وَلَدُها، وَلَو كَانَ سِقْطاً.

ذَكَرَ أبُو بَكْرِ بْنُ أبي شَيْبَةَ، قَالَ: حَدَّثنا أبو خَالِدٍ الأحْمَرُ، عَنْ يَحيى بْنِ سَعِيدٍ، قالَ: أخْبرني نَافِعٌ، أنَّ رَجُلَيْنِ مِنْ أهْلِ العِرَاقِ سَألا ابْنَ عُمَرَ بِالأبواءِ، وَقالا: إنَّا كُنَّا تَرَكْنَا ابْنَ الزُّبيرِ يَبيعُ أُمَّهاتِ الأوْلادِ بِمَكَّةَ، فَقالَ عَبْدُ اللَّهِ: لَكِنَّ أبَا حَفْصَةَ عُمَر ـ أتعرفانه؟ ـ قَالَ: أيُّما رَجُلٍ وَلَدتْ مِنْهُ جَارِيَتُهُ، فَهِيَ حُرَّةٌ بَعْدَ مَوتِهِ.

قَالَ: وَحَدَّثني أبُو خَالِدٍ الأحْمَرُ، عَنْ إسْماعِيل بْنِ أبي خَالِدٍ، عَنِ الشَّعبيِّ، عَنْ عَبِيدَةَ السَّلْمَانيِّ، عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي الله عنه ـ قَالَ: اسْتَشَارَنِي عُمَرُ فِي بَيْعِ أُمَّهاتِ الأولادِ، فَرَأيْتُ أنا وَهُوَ أنها إِذَا وَلَدَتْ عتقَتْ، فَقَضى بِهِ عُمَرُ حَياتَهُ، وعُثْمانُ بَعْدَهُ، فَلَمَّا وليتهُ رَأيْتُ أنْ أرقهنَّ.

قَالَ الشَّعبيُّ: وَحَدَّثني ابْنُ سِيرينَ، عَنْ عبيدةَ أنَّهُ قَالَ لَهُ: فَما ترى أنْتَ؟ فَقالَ: رَأْيُ عَلِيٍّ وَعُمَرَ فِي الجَماعَةِ أحَبُّ إِلَيَّ مِنْ قَولِ عَلِيٍّ حِينَ أدْرَكَهُ الاخْتِلافُ.

وَرَوى مَعمرٌ، وَغيرُهُ عَنْ أيُوبَ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، عَنْ عبيدةَ السَّلمانيِّ، قَالَ: سَمِعْتُ عَلِيّاً يَقُولُ: اجْتَمَعَ رَأْيي وَرَأْيُ عُمَرَ فِي أُمَّهاتِ الأوْلادِ أنْ لا يبعْنَ.

قَالَ: ثُمَّ رَأَيْتُ بَعْدَ أنْ يبعْنَ.

قَالَ عُبيدةُ: فَقُلْتُ لَهُ رَأْيُكَ وَرَأْيُ عُمَرَ فِي الجَماعَةِ أحَبُّ إِلَيَّ مِنْ رَأْيكَ وَحْدَكَ فِي الفرقةِ، أو قَالَ فِي الفتْنَةِ، فَضَحِكَ عَلِيٌّ ـ رضي الله عنه.

أخْبرَنا عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيَانَ، قَالَ: أخْبرنا قَاسِمُ بْنُ أصبغٍ، قالَ: حَدَّثنا

---

(١) أخرجه ابن ماجه في العتق باب ٢.

(٢) أخرجه ابن ماجه في العتق باب ٢.

أحْمَدُ بْنُ زهيرٍ، قال: أخبرنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جعفرٍ، قالَ: حَدَّثنا عُبيدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدِ بْنِ عَمْرٍو، عَنْ خصيفٍ، عَنْ عكْرمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنْ عُمَرَ، قالَ: إِذَا أسْقطَتْ فَإِنَّها بِمَعْنى الحُرَّةِ.

قال أبو عمر: يَعْني فِي البَيْعِ؛ لأنَّ الإجْماعَ قَدِ انْعقَدَ أنَّها لا تعْتقُ قَبْلَ مَوتِ سَيِّدِها، وَأنَّها فِي شَهادَتِها وَدِيَتِها، وَأرْشِ جِنايَتِها كَالأمَةِ، وَقَدْ بَانَ مَذْهَبُ عُمَرَ بِما ذَكَرْنا فِي رِوايَةِ مَالِكٍ عَنْ نَافعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ عَنْهُ فِي أوَّلِ هَذا البَابِ.

وَذكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ ابْنِ جريجٍ، قالَ: سُئِلَ ابْنُ شِهابٍ عَنْ أُمِّ الوَلَدِ تَزْنِي: أيَبِيعُها سَيِّدُها؟ قالَ: لا يَصْلَحُ لَهُ أنْ يَبِيعَها سَيِّدُها، وَلَكِنْ يُقامُ عَليها حَدُّ الأمَةِ.

وَرَوى الثَّوريُّ، عَنِ أبِي حُصينٍ، عَنْ مُجاهِدٍ، قالَ: لا يُرِقُّها حَدثٌ.

وَمَعمرٌ، عَنْ أيُوبَ، عَنْ إِياسَ بْنِ مُعاوِيَةَ أنَّهُ كَتَبَ إلى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ فِي أُمِّ الوَلَدِ تَزْنِي، قَالَ: فَأرَانِي إِياسُ جَوابَ عُمَرَ: أنْ أقِمْ عَلَيها الحَدَّ، لا تزدْها عَلَيهِ، وَلا تُسْتَرَقُّ.

قال أبو عمر: ذَكَرْتُ هَذا؛ لأنَّهُ قَدْ رَوى مَعمرٌ، عَنْ أيُوبَ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، عَنْ أبِي العجْماءِ، عَنْ عُمَرَ أنَّها إِذَا زَنَتْ رَقَّتْ، وجُمْهُورُ العُلماءِ القَائِلِينَ بِأنْ لا تُباعَ أُمُّ الوَلَدِ عَلى خِلافِ هَذا الحَدِيثِ، يَرَوْنَ عَلَيها إقامَةَ الحَدِّ حَدِّ الأمَةِ، وَلا تسْترقُّ.

قال أبو عمر: احْتجَّ الَّذِينَ أجازُوا بَيْعَ أُمِّ الوَلَدِ مِنْ أهْلِ الظَّاهِرِ بِأنْ قَالُوا: قَدْ أجْمَعُوا عَلى أنَّها تُباعُ قَبْلَ أنْ يَحملَ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا إذا وَضَعَتْ:

[فَالوَاجِبُ بِحَقِّ النَّظَرِ ألا يَزُولَ حُكْمُ مَا أجْمَعُوا عَلَيهِ مع جَوَازِ بَيْعِها، وَهِيَ حَامِلٌ، إلا بِإِجْماعِ مِثْلِهِ إذَا وَضَعَتْ، وَلا إجْماعَ هَا هُنا]، فَعُورِضُوا بِأنَّ الأمَّةَ مُجْمِعَةٌ عَلى أنَّهُ لا يَجُوزُ بَيْعُها، وَهِيَ حَامِلٌ مِنْ سَيِّدِها، فَمِنْ ذَلِكَ لا يَجُوزُ بَيْعُها، وَهِيَ مُعَارَضَةٌ صَحِيحَةٌ عَلى أُصُولِ أهْلِ الظَّاهِرِ دُونَ سَائِرِ العُلماءِ القَائِلِينَ بِزَوالِ [مَا اعْتلَّ بزَوالِ] عِلَّتِهِ، وَالقَائِسِينَ عَلى المَعَانِي، لا عَلى الأسْماءِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

١٤٧٨ ـ مَالِكٌ؛ أنَّهُ بَلَغَهُ أنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أتَتْهُ وَلِيدَةٌ قَدْ ضَرَبَهَا سَيِّدُهَا بِنَارٍ، أوْ أصَابَهَا بِهَا، فَأعْتَقَهَا.

قال أبو عمر: رُوِيَ هَذا المَعْنى عَنْ عُمَرَ مِنْ وُجُوهٍ:

١٤٧٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٧، من الكتاب والباب السابقين.

مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: أخبرنا الثَّوريُّ، عَنْ يُونُسَ، عَنِ الحَسَنِ أنَّ رَجُلاً كوى غُلاماً لَهُ بِالنَّارِ، فَأَعْتَقَهُ عُمَرُ.

قَالَ: وَأَخْبَرنا الثَّوريُّ، عَنْ عَبْدِ المَلكِ بْنِ أبي سُليمانَ، عَنْ رَجُلٍ مِنْهُم، عَنْ عُمَرَ أنَّ رَجُلاً أقْعَدَ جَارِيَةً لَهُ عَلى النَّارِ، فَأَعْتَقَها عُمَرُ.

قَالَ: وَأخبرنا مَعمرٌ، عَنْ أيُوبَ، عَنْ أبي قلابَةَ، قَالَ: وَقَعَ سُفْيانُ بْنُ الأسْوَدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَلى أمَةٍ لَهُ، فَأقْعَدَها عَلى مَقْلاةٍ، فَاحْتَرقَ عَجزُها، فَأعْتَقَها عَمْرُ بْنُ الخطَّابِ، وَأَوْجَعَهُ ضَرْباً.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلَمَاءُ فِيمَنْ مَثَّلَ بِمَمْلُوكِهِ عَامِداً، فَقالَ بَعْضُهم: يعْتقُ عَلَيهِ، وَمِمَّنْ قَالَ بِذَلِكَ: مَالِكٌ، وَالأوْزَاعِيُّ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ.

قَالَ مَالِكٌ: يعْتقُ عَلَيهِ، وَوَلاؤُهُ لَهُ.

وَقالَ اللَّيْثُ: يعْتقُ عَلَيهِ، وَوَلاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ.

وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ أنَّه أعْتَقَ أمَةً عَلى مَوْلاها لَمَّا مَثَّلَ بِها.

وَقالَ الأوْزَاعِيُّ: إنْ مَثَّلَ بِمَمْلُوكِ غَيْرِهِ، ضمنَ، وَعتق عَلَيهِ.

قال أبو عمر: لا نَعْلَمُ قَالَهُ غَيرَ الأوْزَاعِيِّ، وَاللَّهُ أعْلَمُ.

وَالجُمْهُورُ عَلى أنَّهُ يضمنُ مَا نقصَ العَبْدُ لِسَيِّدِهِ.

وَقالَ [أبُو حَنِيفَةَ، والشَّافعيُّ، وَأصْحابُهما]: مَنْ مَثَّلَ بِمَمْلُوكِهِ لَمْ يَعْتقْ عَلَيهِ، وَمَمْلُوكُهُ، وَمَمْلُوكُ غَيرِهِ فِي ذَلِكَ سَواءٌ.

قال أبو عمر: اسْتَدَلَّ مَنْ قَالَ: لا يَعْتقُ عَلَيهِ مَمْلُوكُهُ، وَلا غَيرُ مَمْلُوكِهِ إذا مَثَّلَ بِهِ، بِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ: «مَنْ لَطَمَ مَمْلُوكَهُ، أو ضَرَبَهُ».

وَفِي بَعْضِ الرُّوَاةِ لِهَذا الحَدِيثِ يَقُولُ فِيهِ: «أو ضَرَبَهُ حَدّاً [لم يَأْتِهِ] فَكَفَّارَتُهُ عِتْقُهُ»[1].

قَالُوا: وَقَدْ يَكُونُ مِنَ الضَّرْبِ مَا يَكُونَ مِثْلَةً، فَلَمْ يعْتقْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَإنَّما قَالَ: «كَفَّارَتُهُ ذَلِكَ»، فَدَلَّ عَلى أنَّهُ لَمْ يعْتِقْ.

قال أبو عمر: لَيْسَ هَذا بِبَيِّنٍ مِنَ الحُجَّةِ، وَالحُجَّةُ لِمَالِكٍ، وَمَنْ قَالَ بِقَولِهِ حَدِيثُ عَمْرِو بْنِ شعيبٍ، عَنْ أبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أنَّ زنباعاً؛ أبا روحِ بْنِ زنباعٍ وَجَدَ غُلاماً

---

(١) أخرجه مسلم في الأيمان حديث ٢٩، ٣٠، وأبو داود في الأدب باب ١٢٤، حديث ٥١٦٨، وأحمد في المسند ٢/٤٥، ٦١.

لَهُ مَعَ جارِيَتِهِ، فَقَطَعَ ذَكَرَهُ، وَجَدَعَ أَنفَهُ، فَأَتى العَبْدُ النَّبيَّ ﷺ، فذكرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقالَ لَهُ النَّبيُّ ﷺ: «مَا حَمَلَكَ عَلى مَا فَعَلْتَ؟» قَالَ: فَعلَ كَذا وَكَذا، فَقالَ النبيُّ ﷺ: «اعتِقْهُ، فَاذْهَبْ فَأَنْتَ حُرٌّ»(١).

وَرَواهُ مَعمرٌ، وَابْنُ جُريجٍ، وَمُحمدُ بْنُ عُبيدِ اللَّهِ، وَغيرُهُم، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعيبٍ.

قَالَ مَالِكٌ(٢): الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنا؛ أَنَّهُ لا تَجوزُ عَتَاقَةُ رَجُلٍ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ، وَأَنَّهُ لا تَجُوزُ عَتَاقَةُ الْغُلامِ حَتَّى يَحْتَلِمَ، أَوْ يَبْلُغَ مَبْلَغَ الْمُحْتَلِمِ، وَأَنَّهُ لا تَجُوزُ عَتَاقَةُ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ فِي مَالِهِ، وَإِنْ بَلَغَ الْحُلُمَ، حَتَّى يَلِيَ مَالَهُ.

قال أبو عمر: أَمَّا قَوْلُهُ فِي الَّذِينَ عَلَيهِم الدَّيْنُ أَنْ يُحِيطَهُ بِمَالِهِ، أَنَّهُ لا يَجُوزُ عِتْقُهُ، فَعلى ذَلِكَ أَكْثَرُ أَهْلِ المَدِينَةِ.

وَبِهِ قَالَ الأوْزَاعِيُّ، وَاللَّيْثُ.

وَخَالَفَهُم فُقهاءُ الحِجَازِ، وَابْنُ شبرمَةَ، وَابْنُ أبي لَيلى، وَأَبو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ: فَقَالُوا: عِتْقُ مَا عَلَيهِ الدَّيْنُ وَهِبتُهُ، وَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ، كُلُّ ذَلِكَ عَلَيهِ، كَانَ الدَّيْنُ مُحِيط بِمالِهِ، أو لَمْ يَكُنْ حَتَّى يفلِّسَهُ الحَاكِمُ، وَيحبسَهُ، وَيبْطَلَ إِقْرَارَهُ، وَيحْجُرَ عَلَيهِ، فَإِذَا فَعَلَ القَاضِي ذَلِكَ، لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ، وَلا عِتْقُهُ، وَلا هِبَتُهُ.

وَهُوَ مَعْنى مَا ذَكَرَهُ المزنيُّ، عَنِ الشَّافعيِّ، وَاحْتَجَّ بِالإِجْماعِ عَلى أَنَّ لَهُ أَنْ يَطَأَ جَارِيَتَهُ، وَيحْبلَها، وَلا يُرَدَّ شَيْءٌ أَنْفَقَهُ مِنْ مَالٍ فِيما شَاءَ حَتَّى يَضْرِبَ الحَاكِمُ عَلى يَدِهِ، وَيحْجرَ عَلَيهِ.

وَقالَ الثَّوريُّ، وَالحَسَنُ بْنُ حُيَيٍّ: إِذَا حَبَسَهُ القَاضِي لَمْ يَكُنْ مَحْجُوراً عَلَيهِ حَتَّى يفْلسَهُ القَاضِي، فَيقول «لا أُجِيزُ لكَ أَمْراً».

وَقالَ الطَّحاوِيُّ: الحَبْسُ لا يُوجِبُ الحَجْرَ، وَاحْتَجَّ بِقَولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ

(١) أخرجه أبو داود في الديات باب ٧، حديث ٤٥١٩، بلفظ: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: جاء رجل مستصرخ إلى النبي ﷺ فقال: جارية له يا رسول الله فقال: ويحك ما لك؟ قال: شراً، أبصر لسيده جارية له فغا فجبّ مذاكيره، فقال رسول الله ﷺ: عليّ بالرجل، فطلب فلم يقدر عليه، فقال رسول الله ﷺ: اذهب فأنت حرٌ، فقال: يا رسول الله على من نصرتي؟ قال: على كل مؤمن. أو قال: كل مسلم.

قال أبو داود: الذي عتق كان اسمه روح بن دينار، قال أبو داود: الذي جبه زنباع، قال أبو داود: هذا زنباع أبو روح كان مولى العبد.

وأخرجه ابن ماجه في الديات باب (من مثل بعبده فهو حر)، وأحمد في المسند ٢/ ١٨٢، ٢٢٤.

(٢) الموطأ، ص٧٧٦.

للدائنين: «خُذُوا مَا وَجَدْتُم، وَلَيسَ لَكُمْ إلا ذَلِكَ» فَخالَفَ أَصْحابَهُ، وَمَالَ إلى قَولِ الثَّوريِّ، وَمَا كَانَ مِثْلَهُ، وَسنزِيدُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ بياناً فِي الأَقْضيَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

وَأَمَّا قَولُهُ: لا تَجوزُ عَتاقَةُ الغُلامِ حَتَّى يَحتَلِمَ، أو يَبْلُغَ مَا يبْلُغُ المُحتَلِمُ، [فَالاحْتِلامُ مَعْلُومٌ.

وَقولُهُ أو يَبْلُغَ مَبْلَغَ مَا يَبلغُهُ المُحْتَلِمُ]، فَإِنَّ مِنَ الرِّجَالِ مَنْ لا يَحْتَلِمُ، وَلَكِنَّهُ إِذَا بَلَغَ سِنّا، لا يَبْلُغُها إلا المُحتَلِمُ حُكِمَ لَهُ بِحُكْمِ المُحْتَلِمِ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي حَدِّ البلوغ لِمَنْ لا يَحْتَلِمُ.

فَقالَ مَالِكٌ: البُلُوغُ، وَالإِنْبَاتُ، أو الاحْتلامُ، أو الحَيضُ فِي الجَارِيَةِ إلا أَنَّهُ لا يُقِيمُ الحَدَّ بِالإِنْباتِ حَتَّى يَحتَلِمَ، أو يَبْلُغَ مِنَ السِّنِّ مَا يعْلمُ أَنَّ مِثْلَهُ لا يَبْلُغُهُ حَتَّى يَحْتَلِمَ، فَيَكُونُ عَلَيهِ الحَدُّ، هَذِهِ رِوَايَةُ ابْنِ القاسِمِ، وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِهِ.

وَقالَ الشَّافعيُّ: يُعْتَبَرُ فِي المَجْهُولِ الأَوْلادِ الإِنْبَاتُ، وَفِي المَعْلُومِ بُلُوغُ خَمْسَ عَشرةَ سَنَةً.

وَهُوَ قَولُ ابْنِ وَهْبٍ، وَابْنِ الماجشُونِ.

وَبِهِ قَالَ الأَوْزَاعِيُّ، وَأَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ فِي الغُلامِ وَالجَارِيَةِ جَمِيعاً.

وَحُجَّتُهُمْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ بِقَتْلِ مَنْ أَنْبَتَ مِنْ سَبْيِ قُرَيظَةَ، وَاسْتَحيى مَنْ لَمْ يَنبتْ(١).

وَرَوى نَافِعٌ، عَنْ أَسْلَمَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخطَّابِ كَتَبَ إلى أُمَراءِ الأَجْنَادِ «أَلا يَضْرِبُوا الجِزْيَةَ إِلا عَلى مَنْ جَرَتْ عَلَيهِ المواسي».

وَقالَ عُثْمانُ فِي غُلامٍ سَرَقَ: انْظُرُوهُ، فَإِنْ كَانَ خضرَ مبرزُهُ، فَاقْطَعُوهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا بَلَغَتِ الجَارِيَةُ سَبْعَ عَشرةَ سَنَةً، فَهِيَ بَالِغٌ، وَإِنْ لَمْ تَحِضْ، وَفِي الغُلامِ تِسعَ عَشرةَ سَنَةً، وَإِنْ لَمْ يَحْتَلِمْ قَبْلَ ذَلِكَ.

وَقَالَ الثَّوريُّ فِي الغُلامِ: ثَمانِي عَشرةَ سَنَةً، وَفِي الجَارِيَةِ إِذَا وَلَدَ مِثْلُها.

قال أبو عمر: لا أَعْلَمُ خِلافاً أَنَّ الغُلامَ مَا لَمْ يَحْتَلِمْ لا يَجُوزُ عِتقُهُ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ، وَلَمْ تَكُنْ وَصِيَّةٌ مِنْهُ، وَكَذَلِكَ المَحْجُوزُ المُولَّى عَليهِ لا يَجُوزُ عِتقُهُ لِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ، وَرَقِيقِهِ عِنْدَهم، إِلا أَنَّ مَالِكاً، وَأَكْثَرَ أَصْحابِهِ أَجازُوا عِتقَ أُمِّ وَلَدِهِ، وَاللَّهُ المُوَفِّقُ.

---

(١) انظر الحديث عند أبي داود في الحدود باب ١٨، والترمذي في السير باب ٢٩، وابن ماجه في الحدود باب ٤، والدارمي في السير باب ٢٦، وأحمد في المسند ٤/ ٣١٠، ٥/ ٣١٢.

٦ ـ باب ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة

١٤٧٩ ـ مَالِكٌ عَنْ هِلالِ بْنِ أُسَامَةَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الْحَكَمِ؛ أَنَّهُ قَالَ: أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ جَارِيَةً لِي كَانَتْ تَرْعَى غَنماً لِي، فَجِئْتُهَا وَقَدْ فُقِدتْ شَاةٌ مِنَ الْغَنَمِ، فَسَأَلْتُهَا عَنْهَا فَقَالَتْ: أَكَلَهَا الذِّئْبُ فَأَسِفْتُ عَلَيْهَا، وَكُنْتُ مِنْ بَنِي آدَمَ فَلَطَمْتُ وَجْهَهَا، وَعَلَيَّ رَقَبَةٌ أَفَأُعْتِقُهَا؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «أَيْنَ اللَّهُ؟» فَقَالَتْ فِي السَّمَاءِ، فَقَالَ «مَنْ أَنَا؟» فَقَالَتْ: أَنْتَ رَسُولُ اللَّهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «أَعْتِقْهَا».

قال أبو عمر: أَمَّا الحَدِيثُ الأَوَّلُ لِمَالِكٍ فِي هَذا البَابِ، عَنْ هِلالِ بْنِ أُسَامَةَ، عَنْ عَطاءِ بْنِ يَسارٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الحَكَم، فَهَكَذا رَوَاهُ جماعَةُ رُوَاةِ «المُوَطَّإِ» عَنْ مَالِكٍ كُلُّهُم قَالَ فِيهِ: «عَنْ عُمَرَ بْن الحَكَم»، وَهُوَ غَلَطٌ، وَوَهْمٌ مِنْهُ، وَلَيسَ فِي الصَّحابَةِ رَجُلٌ يُقَالُ لَهُ عُمَرُ بْنُ الحَكَم، وَإِنَّما هُوَ مُعَاوِيَةُ بْنُ الحَكَم السلميُّ.

وَكَذَلِكَ قَالَ فِيهِ: كُلُّ مَنْ رَوى هَذا الحَدِيثَ، عَنْ هِلالٍ هَذا، وَهُوَ هِلالُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ أَبي مَيْمُونَةَ، وَأَبُو مَيْمُونَةَ اسْمُهُ أُسَامَةُ، فَرُبَّما قَالَ هِلالُ بْنُ أُسَامَةَ، وَرُبَّما قَالَ: هِلالُ بْنُ أَبي مَيْمُونَةَ، يَنْسبُونَهُ كُلُّهُ إِلى ذَلِكَ، وَرُبَّما قالُوا: هِلالُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ أَبي مَيْمُونَةَ، وَهُوَ مَولى عَامِرِ بْنِ لُؤَيٍّ.

وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ بْنُ الحَكَم، فَمَعْرُوفٌ فِي الصَّحابَةِ، وَالحَدِيثُ لَهُ مَحْفُوظٌ، وَقَدْ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الغَلَطُ فِي اسْمِهِ جَاءَ مِنْ قِبَلِ هِلالٍ شَيْخِ مَالِكٍ، لا مِنْ مَالِكٍ.

وَالدَّلِيلُ عَلى ذَلِكَ رِوَايَةُ مَالِكٍ فِي هَذَا الحَدِيثِ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبي سَلمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ مُعاوِيَةَ بْنِ الحَكَم فِي غيرِ «المُوَطَّإِ»، وَلَمْ يقلْ عُمَرُ بْنُ الحَكَم، وَقالَ فِيهِ: مُعاوِيَةُ بْنُ الحَكَم، إلا أَنَّ مَالِكاً لَمْ يَذْكُرْ فِي رِوَايَتِهِ لِهَذا الحَدِيثِ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ [عَنْ أَبي سَلَمَةَ]، عَنْ مُعاوِيَةَ بْنِ الحَكَم، عَنِ النَّبيِّ ﷺ إلا قِصَّةَ إِتْيَانِ الكُهَّانِ، وَالطِّيرةِ، لا غير، وَكَذَلِكَ رَوَاهُ [أَصْحابُ ابْنِ شِهابٍ].

وَرواهُ الأَوْزَاعِيُّ، عَنْ يَحْيَى بْنِ أَبي كثير، عَنْ هِلالِ بْنِ أَبي مَيْمُونَةَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسارٍ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ الحَكَم، قَالَ: قُلْتُ: يا رَسُولَ اللَّهِ! إِنَّا كُنَّا حَدِيثِي عَهْدٍ

١٤٧٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٨، من كتاب العتق والولاء، باب ٦ (ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة)، والحديث جزء من حديث طويل أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب ٧ (تحريم الكلام في الصلاة، ونسخ ما كان من إباحة) حديث ٣٣، وأخرجه أيضاً أبو داود في الصلاة حديث ٩٣٠، والأيمان والنذور حديث ٣٢٨٢، والنسائي في السهو حديث ١٢١٨.

بِجَاهِلِيَّةٍ، فَجَاءَ اللَّهُ بِالإِسْلامِ وَإِنَّ رِجَالاً مِنَّا يَتَطَيَّرُونَ، وَذَكَرَ الخَبَرَ فِي الطِّيَرَةِ، وَفِي إِتْيَانِ الكُهَّانِ، وَفِي الخَطِّ، وَفِي كَلامِهِم فِي الصَّلاةِ[١].

وَقَولُهُ: «بِأَبِي هُوَ وأُمِّي مَا ضَرَبَنِي، وَلا كَهَرَنِي».

قَالَ: ثُمَّ أَطَّلَعْتُ غُنَيْمَةً لِي تَرْعَاهَا جَارِيَةٌ لِي، وَسَاقَ الحَدِيثَ إِلى قَولِهِ: «إِنَّها مُؤْمِنَةٌ، فَأَعْتِقْها».

وَقَدْ ذَكَرْنا حَدِيثَ الأَوْزَاعِيِّ وَغَيرِهِ بِالأَسَانِيدِ الصِّحَاحِ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَأَمَّا قَولُهُ فِي هَذا الحَدِيثِ لِلْجَارِيَةِ: أَيْنَ اللَّهُ؟، فَعَلى ذَلِكَ جَمَاعَةُ أَهْلِ السُّنَّةِ، وَهُمْ أَهْلُ الحَدِيثِ، وَرُوَاتُهُ المُتَفَقِّهُونَ فِيهِ، وَسَائِرُ نَقَلَتِهِ، كُلُّهُمْ يَقُولُ مَا قَالَ اللَّهُ تَعالى فِي كِتَابِهِ: ﴿ٱلرَّحْمَٰنُ عَلَى ٱلْعَرْشِ ٱسْتَوَىٰ﴾ [طه: ٥] وَأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وجَلَّ فِي السَّماءِ وَعِلْمَهُ فِي كُلِّ مَكانٍ، وَهُوَ ظَاهِرُ القُرآنِ فِي قَولِهِ عز وجل ﴿ءَأَمِنتُم مَّن فِى ٱلسَّمَآءِ أَن يَخْسِفَ بِكُمُ ٱلْأَرْضَ فَإِذَا هِىَ تَمُورُ﴾ [الملك: ١٦] وَبِقَولِهِ عَزَّ وجَلَّ: ﴿إِلَيْهِ يَصْعَدُ ٱلْكَلِمُ ٱلطَّيِّبُ وَٱلْعَمَلُ ٱلصَّٰلِحُ يَرْفَعُهُۥ﴾ [فاطر: ١٠] وقوله: ﴿تَعْرُجُ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ وَٱلرُّوحُ إِلَيْهِ﴾ [المعارج: ٤].

وَمِثْلُ هَذا كَثِيرٌ فِي القُرآنِ، وَقَدْ أَوْضَحْنا هَذا المَعْنى فِي كِتَابِ الصَّلاةِ عِنْدَ ذِكْرِ حَدِيثِ التَّنْزِيلِ بِما لا مَعْنى لِتكْرارِهِ هَا هُنا، وَزِدْنَا ذَلِكَ بَيَاناً فِي هَذا البَابِ [فِي «التَّمْهِيدِ» أيضاً.

وَلَيسَ فِي هَذا الحَدِيثِ] مَعْنى يُشْكِلُ غَيرَ مَا وَصَفْنَا.

وَلَمْ يَزَلِ المُسْلِمُونَ إِذا دَهَمَهُم أَمْرٌ يُقْلِقُهُم فَزِعُوا إِلى رَبِّهِمْ، فَرَفَعُوا أَيْدِيَهُم، وَأَوْجُهَهُم نَحْوَ السَّماءِ يَدْعُونَهُ، وَمُخَالِفُونَا يَنْسبُونَا فِي ذَلِكَ إِلى التَّشْبِيهِ، وَاللَّهُ المُسْتَعَانُ، وَمَنْ قَالَ بِما نَطَقَ بِهِ القُرآنُ، فَلا عَيْبَ عَلَيهِ عِنْدَ ذَوِي الأَلْبَابِ.

رُوِينَا أَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ أَبْطَأَ عَنِ الغَزْوِ عَاماً، فَأَعْطى رَجُلاً صرَّةً فِيها دَرَاهِمُ، وَقالَ:

---

(١) لفظ الحديث: عن معاوية بن الحكم السلمي: قال: قلت: يا رسول الله! إني حديث عهد بجاهلية وقد جاء الله بالإسلام، وإن منا رجالاً يأتون الكهّان، قال: فلا تأتهم. قال: ومنا رجال يتطيرون، قال: ذاك شيء يجدون في صدورهم فلا يصدنهم (قال ابن الصباح: فلا يصدنكم)، قال: قلت: ومنا رجال يخطون قال: كان نبي من الأنبياء يخط فمن وافق خطه فذاك، قال: وكانت لي جارية ترعى غنماً لي قِبَلَ أحد والجوانية فاطلعت ذات يوم فإذا الذيب قد ذهب بشاة غنمها، وأنا رجل من بني آدم آسف كما يأسفون، لكنني صككتها صكة، فأتيت رسول الله ﷺ فعظم ذلك علي، قلت: يا رسول الله. أفلا أعتقها؟ قال: ائتني بها. فأتيته بها، فقال لها: أين الله؟ قالت: في السماء. قال: من أنا؟ قالت: أنت رسول الله. قال: أعتقها فإنها مؤمنة.
أخرجه مسلم في المساجد حديث ٣٣، وأبو داود في الصلاة باب ١٦٧، والنسائي في السهو باب ٢٠، وأحمد في المسند ٥/ ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩.

انطَلِقْ، فَإِذَا رَأَيْتَ رَجُلاً يَسِيرُ مَعَ القَومِ فِي نَاحِيَةٍ عَنْهُم فِي هَيْئَةٍ بذاذةٍ، فادْفَعْها إليهِ.

قَالَ: فَفَعَلَ، فرفعَ الَّذِي أُعْطِيَ الصُّرةَ رَأْسَهُ إلى السَّمَاءِ، وَقَالَ: اللَّهُمَّ إِنَّكَ لَمْ تَنسَ جَرِيراً، فَاجْعَلْ جَرِيراً لا يَنْسَاكَ.

قَالَ: فَرَجَعَ الرَّجُلُ إلى أَبِي الدَّرْدَاءِ، [وَأَخْبَرَهُ]، فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ: عَرَفَ الحَقَّ لأَهْلِهِ وأولى النعمة أهلها.

وَأَمَّا حَدِيثُ مَالِكٍ فِي هَذا البَابِ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبيدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ فَجَوَّدَ لَفْظَه يَحْيى، وَمَنْ تَابَعَهُ.

١٤٨٠ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ؛ أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ جَاءَ إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِجَارِيَةٍ لَهُ سَوْدَاءَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ عَلَيَّ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً، فَإِنْ كُنْتَ تَرَاهَا مُؤْمِنَةً أَعْتِقُهَا، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «أَتَشْهَدِينَ أَنْ لا إِلَهَ إِلا اللَّهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: «أَتَشْهَدِينَ أَنَّ مُحَمَّداً رَسُولُ اللَّهِ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: «أَتُوقِنِينَ بِالْبَعْثِ بَعْدَ الْمَوتِ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَعْتِقْهَا».

وَرَوَاهُ ابْنُ القَاسِمِ، وَابْنُ بكيرٍ بِإِسْنَادِهِ مِثْلَهُ، إِلا أَنَّهُما لَمْ يَذْكُرَا: «فَإِنْ كُنْتَ تَرَاهَا مُؤْمِنَةً»، قَالا: «يَا رَسُولَ اللَّهِ! عَلَيَّ رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ، أفأَعْتِقُ هَذِهِ؟».

وَكَذَلِكَ رَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ يُونُسَ.

وَمَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبيدِ اللَّهِ أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصارِ أَتى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِجَارِيَةٍ لَهُ سَوْدَاءَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! إِنَّ عَلَيَّ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً. . ، وَسَاقَ الحَدِيثَ.

وَكَذَلِكَ رَوَاهُ مَعمرٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ.

وَرَوَاهُ القعنبيُّ بِإِسْنَادِهِ مِثْلَهُ، وَحَذَفَ مِنْهُ: «إِنَّ عَلَيَّ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً»، وَقَالَ: إِنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصار أَتى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِجَارِيَةٍ لَهُ سَودَاءَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! أَعْتِقُها؟ فَقَالَ لَها رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَتَشْهَدِينَ. . .» وَذَكرَ الحَدِيثَ.

وَفَائِدَةُ الحَدِيثِ قَولُهُ: إِنَّ عَلَيَّ رَقَبةً مُؤْمِنَةً، وَلَمْ يَقُلْهُ القعنبيُّ، إِلا أَنَّ فِي الحَدِيثِ مَا يَدُلُّ عَلى المُرادِ بِقَولِهِ: أَتَشْهَدِينَ بِكَذا.

وَلَمْ يَخْتَلِفْ رُوَاةُ «المُوَطَّإِ» فِي إِرْسَالِ هَذا الحَدِيثِ.

١٤٨٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ٩، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٩/ ١٧٥.

وَرَواهُ الحُسَينُ بْنُ الوَلِيدِ عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ عُبيدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أبي هُرَيْرَةَ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بلَفظ حَدِيثِ «المُوَطَّإِ» سواء، وَجَعَلَهُ مُتصلاً عَنْ أبي هُرَيْرَةَ مُسْنداً.

وَرَواهُ الحَسَنُ هذا أيضاً عَنِ المَسْعُودِيِّ، عَنْ عَونِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ، عَنْ عُبيدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ، عَنْ أبي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ مِثْلهُ، إلا أنَّهُ زَادَ فِيهِ عَنِ المَسْعُودِيِّ، فَقالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أعْتِقْها، فَإِنَّها مُؤْمِنَةٌ».

وَلَيسَ في «المُوَطَّأ» مِنْ قَولِ النَّبيِّ ﷺ: «فَإِنَّها مُؤْمِنَةٌ» وَلَكِنْ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلى ذَلِكَ.

وَرَواهُ مَعمرٌ، عَنِ الزّهريِّ، عَنْ عُبيدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ رَجُلٍ مِنَ الأنْصارِ، أنَّهُ جَاءَ بِأمَةٍ لَهُ سَوْدَاءَ، فَقالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! إنَّ عَلَيَّ رَقبَةً مُؤْمِنَةً، فَإِنْ كُنْتَ تراهَا مُؤْمِنَةً أعْتِقْها. . ، وَسَاقَ الحَدِيثَ مِثْلَ رِوَايَةِ يَحْيَى إلى آخِرِها.

وَفِي حَدِيثِ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ فِي هَذا البَابِ مِنَ الفِقْهِ: أنَّ مِنْ شَرْطِ الشَّهادَةِ الَّتِي لا يَتِمُّ الإيمانُ إلا بِها الإِقْرَارُ بِالبَعْثِ بَعْدَ المَوتِ بَعْدَ شَهادَةِ أنْ لا إِلَهَ إلا اللَّهُ، وَأنَّ مُحمداً رَسُولُ اللَّهِ.

وَقَد أَجْمَعَ المُسْلِمُونَ عَلى أَنَّ مَنْ أَنْكَرَ البَعْثَ بَعْدَ المَوتِ، فَلَيسَ بِمُؤْمِنٍ، وَلا مُسْلِمٍ، وَلا يَنْفَعُهُ مَا شَهِدَ بِهِ.

وَفِي ذَلِكَ مَعَ مَا فِي القُرآنِ مِنْ تَأْكِيدِ الإِقْرَارِ بِالبَعْثِ بَعْدَ المَوتِ مَا يُغْنِي وَيَكْفِي.

وَلا خِلافَ عَلِمْتُهُ فِيمَنْ جَعَلَ عَلى نَفْسِهِ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً نَذْراً لِلَّهِ أَنْ يَعْتِقَها أَنَّهُ لا يُجْزِىءُ عَنْهُ إلا مُؤْمِنَةٌ.

وَكَذَلِكَ لا يُجْزِىءُ عِنْدَ الجَمِيعِ فِي كَفَّارَةِ قَتْلِ الخَطَأ إِلا رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ بِشَرْطِ اللَّهِ ذَلِكَ فِي نَصِّ كِتَابِهِ هُنَالِكَ.

[وَاخْتَلَفُوا فِي كَفَّارَةِ الظِّهارِ، وَكَفَّارَةِ الأيْمانِ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ، وَالحَمْد لِلَّهِ كَثِيراً].

وَاخْتَلَفَ العُلماءُ فِيمَنْ عَلَيهِ رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ، هَلْ يُجْزِىءُ فِيها الصَّغِيرُ إِنْ كَانَ أَبَواهُ مُؤْمِنَيْنِ؟ وَهَلْ يُجْزِىءُ فِيها مَنْ لَمْ يَصُمْ، وَلا يُصَلِّ؟:

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لا يَجُوزُ فِيها إِلا مَنْ صَامَ، وَقالَتْ: ذَهَبَ إِلى هَذا بَعْضُ مَنْ يَقُولُ: «الإِيمانُ قَولٌ وَعَمَلٌ».

وَرَوى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ صَالِحٍ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ صَالِحٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أبي طَلْحَة، عَنِ

ابْنِ عَبَّاسٍ: ﴿وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] قَالَ: مَنْ عقلَ الإِيمانَ، وَصَامَ، وَصَلَّى.

وَرَوى وَكِيعٌ عَنِ الأَعْمَشِ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، قَالَ: مَا كَانَ فِي الْقُرآنِ مِنْ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، فَلا يُجْزِىءُ إِلا مَنْ صَامَ، وَصَلَّى، وَمَا كَانَ فِي الْقُرآنِ رَقَبةٌ لَيْسَتْ مُؤْمِنَةً، فَالصَّبِيُّ يُجْزِىء.

وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ الثَّورِيِّ عَنِ الأَعْمَشِ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ مِثْلُهُ، إِلا أَنَّهُ قَالَ: قَدْ صَلَّى، وَلَمْ يَذْكُرِ الصِّيَامَ، وَمَا لَمْ يَذْكُرْ مُؤْمِنَةً، فَيُجْزِىءُ، وَإِنْ لَمْ يُصَلِّ.

وَعَنِ الشَّعْبِيِّ، وَالحَسَنِ وَقَتَادَةَ مِثْلُ قَولِ ابن عَبَّاسٍ، وَإِبْرَاهِيمَ.

وَهُوَ قَولُ الثَّورِيِّ.

وَرَوى الأَشْجَعِيُّ، عَنِ الثَّورِيِّ أَنَّهُ قَالَ: لا يُجْزِىءُ فِي كَفَّارَةِ القَتْلِ الصَّبِيُّ، وَلا يُجْزِىءُ إِلا، مَنْ صَامَ وَصَلَّى.

وَقَالَ عَطَاءُ بْنُ أَبِي رَباحٍ: كُلُّ رَقَبَةٍ وُلِدَتْ فِي الإِسْلَامِ، فَهِيَ تُجْزِىءُ.

وَكَذَلِكَ قَالَ الزُّهرِيُّ؛ قَالَ الأوزاعِيُّ: سَأَلْتُ الزُّهرِيَّ: أَيُجْزِىء عتقُ الصَّبِيِّ المُرْضعِ فِي كَفَّارَةِ الدَّمِ؟ قَالَ: نَعَمْ؛ لأَنَّهُ وُلِدَ عَلى الفِطْرَةِ، وَهُوَ قَولُ الأَوْزَاعِيِّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا كَانَ أَحَدُ أَبَويهِ مُؤْمِناً جَازَ عتقُهُ فِي كَفَّارَةِ القَتْلِ.

وَهُوَ قَولُ الشَّافعِيِّ، إِلا أَنَّ الشَّافعِيَّ يسْتحبُّ أَلا يعتقَ فِي الكَفَّارَاتِ إِلا مَنْ يَتَكَلَّمُ بِالإِيمانِ.

وَاخْتَلَفَ قَولُ مَالِكٍ، وَأَصْحابِهِ عَلى هَذَيْنِ القَولَيْنِ، إِلا أَنَّ مالِكاً يُراعِي إِسْلامَ الأَبِ، وَلا يُرَاعِي إِسْلامَ الأُمِّ.

قال أبو عمر: أَجْمَعَ عُلَماءُ المُسْلِمِينَ أَنَّ مَنْ وُلِدَ بَيْنَ أَبَوَيْنِ مُسْلِمَيْنِ، وَلَمْ يَبْلُغْ حَدَّ الاخْتِيَارِ، وَالتَّمْيِيزِ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ المُسْلِمِ المُؤْمِنِ فِي الوِرَاثَةِ، وَالصَّلاةِ عَلَيهِ، وَدَفْنِهِ بَيْنَ المُسْلِمِينَ، وأَنَّ دِيَتَهُ - إِنْ قُتِلَ - مِثْلُ دِيَةِ أَحَدِهم، فَدَلَّ ذَلِكَ أَنَّهُ يُجْزِىءُ فِي الرِّقَابِ المُؤْمِنَةِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

١٤٨١ - مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنِ الْمقْبُرِيِّ، أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ أَبُو هُرَيْرَةَ عَنِ الرَّجُلِ تَكُونُ عَلَيْهِ رَقَبَةٌ، هَلْ يُعْتِقُ فِيهَا ابْنَ زِناً؟ فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: نَعَمْ، ذَلِكَ يُجْزِىءُ عَنْهُ.

١٤٨٢ - مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ فُضَالَةَ بْنِ عُبيدٍ الأَنْصارِيِّ، وَكَانَ مِنْ أَصْحَابِ

١٤٨١ - الحديث في الموطأ برقم ١٠، من الكتاب والباب السابقين.

١٤٨٢ - الحديث في الموطأ برقم ١١، من الكتاب والباب السابقين.

رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ تَكُونُ عَلَيْهِ رَقَبَةٌ، هَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُعْتِقَ وَلَدَ زِناً؟ قَالَ: نَعَمْ، ذَلِكَ يُجْزِيءُ عَنْهُ.

قال أبو عمر: على هَذا جَماعَةُ أَئِمَّةِ الفَتْوى بِالأَمْصارِ، وَأَكْثَرُ التَّابِعِينَ، وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَيضاً.

وَرواهُ الثَّوريُّ، عَنْ ثَورٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ القرشيِّ، عن ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ وَلَدِ زِنا، وَوَلَدِ رِشْدَةٍ فِي العَتَاقَةِ؟ فَقالَ: انْظرُوا أَكْثَرَهُما ثَمناً، فَنظرُوا، فَوَجَدُوا وَلَد الزِّنا أَكْثَرَهُما ثُمناً، فَأَمَرَهُمْ بِهِ.

وَالثَّوْرِيُّ، عَنْ يُونُسَ، عَنِ الشَّعبيِّ مِثْلُهُ.

وَهُوَ قَولُ الحَسَنِ، وَقَتادَةَ، وَمَا خَالَفَهُ، فَضَرْبٌ مِنَ الشُّذُوذِ.

وَإِنَّما ذَكَرَ مَالِكٌ ـ رحمه الله ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ فِي مُوَطَّئِهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ أَجازَ عِتْقَ وَلَدِ الزِّنا إِنْكاراً مِنْهُ؛ لِمَا يَرْوِيهِ أَهْلُ العِراقِ عَنْ سُهَيلِ بْنِ أبي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أبي هُرَيْرَةَ، قَال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَلَدُ الزِّنا شَرُّ الثَّلاثَةِ».

وَقالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: لأنْ أَمْنَعَ بِسَوطٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، أو أَحْملَ نعْلَيْنَ فِي سَبيلِ اللَّهِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَعْتقَ وَلَدَ زِنْيَةٍ.

وَقَدْ قَالَ القَعْقاعُ بْنُ أَبِي حدرد: أَنْتَ تَقُولُ هَذا؟ فَقالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: إِنِّي لَمْ أَقُلْ هَذا فِيمَنْ يحصنُ أَمَتَهُ، وَإِنَّما قُلْتُ هَذا فِي الَّذِي يَأْمُرُ أَمَتَهُ بِالزِّنا.

وَقَدْ أَنْكَرَ ابْنُ عَبَّاسٍ على مَنْ رَوى فِي وَلَدِ الزِّنَا أَنَّهُ شَرُّ الثَّلاثَةِ، وَقَالَ: لَو كَانَ شَرَّ الثَّلاثَةِ مَا اسْتوفى بِأُمِّهِ أَنْ تُرْجَمَ حَتَّى تَضَعَهُ.

وَرواهُ ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ صَالِحٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أبي طَلْحَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَقَدْ ذَكَرْناهُ فِي «التَّمْهِيدِ» بِإِسْنَادِهِ.

وَرَوى يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، عَنْ سُفْيانَ، عَنْ هِشَام بْنِ عروَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ فِي وَلَدِ الزِّنا، قَالَتْ: مَا عَلَيهِ مِنْ ذَنْبِ أَبَوَيْهِ شَيْءٌ، ثُمَّ قَرَأَتْ: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤، الإسراء: ١٥، فاطر: ١٨، الزمر: ٧].

وَمَذْهَبُ ابْنِ عَبَّاسٍ جَوازُ عتْقِ وَلَدِ الزِّنا فِي الرِّقابِ الوَاجِبَةِ وَغَيرِها.

وَقَدْ قَالَ: لا يُجْزِيءُ فِي الرِّقَابِ الوَاجِبَةِ، وَغَيرِها وَلَدُ الزِّنا جَماعَةٌ مِنْهُم: الزُّهريُّ، يَرْوِي عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: لأنْ أَحملَ على نَعْلينِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَحبُّ مِنْ أَنْ أَعْتقَ وَلَدَ زِنا.

ذَكَرَهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنِ الزُّهريِّ.

قَالَ الزُّهريُّ: لا يُجْزِىءُ وَلَدُ الغيَّةِ فِي الرِّقَابِ الوَاجِبَةِ، وَلا أُمُّ الوَلَدِ، وَلا المُدَبَّر، وَلا الكَافِرُ.

وَقَالَ عَطَاءٌ مِثْلَهُ، وَقَدِ اضْطَرَبَ عَطاءٌ فِي هَذا المَعْنى.

وَقالَ ابْنُ جُريج: قُلْتُ لِعطاءٍ: وَلَدُ زِنا صَغِيرٌ، أَيُجْزِىءُ فِي رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ إذَا لَمْ يَبْلُغِ الحنْثَ؟ قَالَ: لاَ وَلَكِنْ كَبِيرٌ رَجُلٌ صدق.

وَعَنِ ابْنِ جُريج أيضاً قَالَ: قُلْتُ لِعَطاءٍ: الرَّقَبَةُ المُؤْمِنَةُ الوَاجِبَةُ، أَيُجْزِىءُ فِيها مرْضعٌ؟ قَالَ: نَعَمْ، قُلْتُ: وَكَيْفَ وَلَمْ يُصَلِّ؟ وَراجَعْتُهُ، فَقالَ: مَا أَرَاهُ إلا مُسْلِماً، وَدِيتُهُ دِيَةُ أَبِيهِ.

قَالَ ابْنُ جُريجٍ: وَقالَ عَمْرُو بْنُ دِينارٍ: مَا أرى إلا الَّذِي قَدْ بَلَغَ وَأَسْلَمَ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ قَولُ الزُّهريِّ فِي الصَّبِيِّ أيضاً؛ فروى الأَوْزَاعِيُّ عَنْهُ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ، وَروى مُعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، قَالَ: لا يُجْزِىءُ فِي الظِّهارِ صَبِيٌّ مُرضعٌ.

قال أبو عمر: فَإذَا لَمْ يُجْزِ فِي الظِّهارِ، فَأَحْرى ألا يُجْزِىءَ فِي القَتْلِ؛ لأَنَّ النَّصَّ فِي الرَّقَبَةِ المُؤْمِنَةِ إنَّما وَرَدَ فِي القَتْلِ، وَالظِّهارُ مقيسٌ عَلَيهِ.

وَقالَ الشَّافعيُّ ـ رحمه الله: وَكَذَلِكَ الشَّرْطُ فِي العَدَالَةِ وَالرِّضا فِي الشُّهَدَاءِ، وَرَدَا فِي آيَةِ الدَّيْنِ وَآيَةِ الرَّجْعَةِ، وَقَدْ أَجْمَعُوا فِي الشَّهادَةِ فِي الزِّنا، وَغَيرِهِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ إلا العُدولُ، وَكَذَلِكَ الأَيْمَانُ فِي الرِّقابِ الوَاجِبَةِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٧ ـ باب ما لا يجوز من العتق في الرقاب الواجبة

١٤٨٣ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ االلَّهِ بْنَ عُمَرَ سُئِلَ عَنِ الرَّقَبَةِ الْوَاجِبَةِ، هَلْ تُشْتَرَى بِشَرْطٍ؟ فَقَالَ: لا.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ، أَنَّهُ لا يَشْتَرِيهَا الَّذِي يُعْتِقُهَا فِيمَا وَجَبَ عَلَيْهِ، بِشَرْطٍ عَلى أَنْ يُعْتِقَهَا؛ لأَنَّهُ إذَا فَعَلَ ذَلِكَ فَلَيْسَتْ بِرَقَبَةٍ تَامَّةٍ؛ لأَنَّهُ يَضَعُ[1] مِنْ ثَمَنِهَا لِلَّذِي يَشْتَرِطُ مِنْ عِتْقِهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَلا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّقَبَةَ فِي التَّطَوُّعِ، وَيَشْتَرِطَ أَنْ يُعْتِقَهَا.

قال أبو عمر: قَولُ الشَّافعيِّ فِي هَذَا كَقَولِ مَالِكٍ.

١٤٨٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٢، من كتاب العتق والولاء، باب ٧ (ما لا يجوز من العتق في الرقاب الواجبة).

(١) يضع: أي يسقط.

ذَكَرَ المزنيُّ، عَنِ الشَّافعيِّ قَالَ: لا يُجزِىءُ فِي رَقَبَةٍ وَاجِبَةٍ إِنِ اشْتَرَطَ أَنْ يعتقَ؛ لأَنَّ ذَلِكَ يَضَعُ مِنْ ثَمَنِهَا.

وَأَجَازَ ذَلِكَ الكُوفِيُّونَ؛ لأَنَّها رَقَبَةٌ تَامَّةٌ سَالِمَةٌ مِنَ العُيُوبِ المُفْسِدَةِ.

قَالَ مَالِكٌ(١): إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ، أَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يُعْتَقَ فِيهَا نَصْرَانِيٌّ وَلا يَهُودِيٌّ، وَلا يُعْتَقُ فِيهَا مُكَاتَبٌ وَلا مُدَبَّرٌ، وَلا أُمُّ وَلَدٍ، وَلا مُعْتَقٌ إِلَى سِنِينَ، وَلا أَعْمى، وَلا بَأْسَ أَنْ يُعْتَقَ النَّصْرَانِيُّ وَاليَهُودِيُّ وَالْمَجُوسِيُّ، تَطَوُّعاً؛ لأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد: ٤] فَالمَنُّ الْعَتَاقَةُ.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الرِّقَابُ الْوَاجِبَةُ الَّتِي ذَكَرَ اللَّهُ فِي الْكِتَابِ، فَإِنَّهُ لا يُعْتَقُ فِيهَا إِلا رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ فِي إِطْعَامِ الْمَسَاكِينِ فِي الْكَفَّارَاتِ، لا يَنْبَغِي أَنْ يُطْعَمَ فِيهَا إِلا الْمُسْلِمُونَ، وَلا يُطْعَمُ فِيهَا أَحَدٌ عَلَى غَيْرِ دِينِ الإِسْلامِ.

قال أبو عمر: أَمَّا اخْتِلافُ العُلَماءِ في جُمْلَةِ مَا يُجْزِىءُ فِي الرِّقابِ الوَاجِبَةِ، فَقَدْ أَوضَحَ مَالِكٌ مَذْهَبَهُ فِي مُوَطَّئِهِ، وَهِيَ جُمْلَةٌ خُولِفَ فِي بَعْضِها، وَتابَعَهُ أَكْثَرُ العُلَماءِ عَلَى أَكْثَرِها، وَنَحْنُ نَذْكُرُ أَقْوالَهُم جُمْلَةً عَلى حَسبِ مَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ بَعْدَ ذِكْرِ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ القَاسِمِ وَغَيرِهِ عَنْ مَالِكٍ مِمَّا لَمْ يَذْكُرْهُ فِي مُوَطَّئِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: يُجزِىءُ الأَعرجُ إِذَا كَانَ خَفِيفَ العَرَجِ، وَإِنْ كَانَ شَدِيداً لَمْ يُجْزِىءْ، وَلا يُجْزِىءُ أَقْطَعُ اليَدَيْنِ، وَلا الرِّجْلَيْنِ، وَيُجْزِىءُ أَقْطَعُ اليَدِ الوَاحِدَةِ، وَالأَعْوَرُ، وَلا يُجْزِىءُ الأَجْدَعُ، وَلا المَجْنُونُ، وَلا الأَصَمُّ، وَلا الأَخْرَسُ.

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: وَقِياسُ قَولِ مَالِكٍ أَلا يُجْزِىءَ الأَبْرَصُ؛ [لأَنَّ الأَصَمَّ أَيْسَرُ شَأْناً مِنْهُ].

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: وَلا يُجْزِىءُ الَّذِي يُجَنُّ، وَيفِيقُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الَّذِي يُجنُّ وَيفيقُ إِنَّهُ يُجْزِىءُ مِنْ رَأيِهِ.

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُجْزِىءُ الأَعْرَجُ، كَما يُجْزِىءُ الأَعْوَرُ.

وَقَالَ ابْنُ الماجشُون: لا يُجْزِىءُ الأَعْوَرُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: يُجْزِىءُ الأَصَمُّ.

وَقَالَ مَالِكٌ: يُجْزِىءُ المُوسِرَ عتقُ نِصْفِ العَبْدِ إِذَا قُوِّمَ عَلَيهِ كُلُّهُ، وَعتقَ، وَلا يُجْزِىءُ الْمعسِرَ.

---

(١) الموطأ، ص٧٧٨.

وَهوَ قَولُ الأوْزَاعِيِّ.

وَأمَّا الشَّافِعِيُّ فَقالَ: لا يُجزِىءُ فِي الرِّقَابِ الوَاجِبَةِ إلا رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ، لا فِي الظِّهَارِ، وَلا فِي غَيرِهِ.

قَالَ: وَقَدْ شَرطَ اللَّهُ تَعالى فِي رَقَبَةِ القَتْلِ كَما شَرطَ العَدلَ فِي الشَّهادَةِ فِي مَوْضِعٍ، وَأَطْلَقَ الشُّهُودَ، فاسْتَدْلَلْنَا على أنَّ مَا أطْلَقَ فِي مَعْنى مَا شرطَ.

قَالَ: وَيَجُوزُ المُدبَّرُ، وَلا يَجُوزِ المُكَاتَبُ أدَّى مِنْ نجومِهِ شَيْئاً، أو لَمْ يُؤَدِّهِ؛ لأنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ بيعِهِ، وَلا تُجزِىءُ أُمُّ الوَلَدِ فِي قَولِ مَنْ قَالَ: لا يَبِيعُهَا.

قَالَ المزنيُّ: هُوَ لا يُجِيزُ بَيْعَها، وَلَهُ بِذَلِكَ كِتابٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: وَالعَبْدُ المَرْهُونُ وَالجَانِي إِذَا أَعْتَقَهُ، وَافْتَكَّهُ مِنَ الرَّهْنِ، وَأدَّى مَا عَلَيهِ مِنَ الجِنَايَةِ أَجْزَأَ.

قَالَ: وَالغَائِبُ إِذَا كَانَ عَلى يَقِينٍ مِنْ حَيَاتِهِ فِي حِينِ عتْقِهِ يُجْزِىءُ، وَإِلا لَمْ يَجْزْ.

[وَلَو اشْتَرى مَن يعتقُ عَلَيهِ لَمْ يَجُزْ.

وَلَو أَعْتَقَ عَبْداً بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ، وَهُوَ مُوسِرٌ أجزَأَهُ.

وَكَذَلِكَ لَو كَانَ مُعْسِراً ثُمَّ أيسرَ، فَاشْتَرى النِّصْفَ الآخَرَ، فَأَعْتَقَهُ أَجْزَأَهُ].

وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ لا يُجْزِىءُ إلا أنْ يَنْوِيَهُ عَنْ نَفْسِهِ.

قَالَ: فَلَمْ أَعْلَمْ أحداً مَضى مِنْ أَهْلِ العِلْمِ، وَلا ذُكِرَ لي عَنْهُ إلا وَهُمْ يَقُولُونَ: إِنَّ مِنَ الرِّقَابِ مَا يُجْزِىءُ، وَمِنْها مَا لا يُجْزِىءُ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلى أَنَّ المُرَادَ بِعتْقِها بَعْضُها دُونَ بَعْضٍ، فَلَمْ أَجِدْ فِي مَعْنى مَا ذَهَبُوا إليهِ إلا مَا أَقُولُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَجماعهُ أَنَّ الأغْلبَ فِيما يتخذُ لَهُ الرَّقِيقُ العَملُ، وَلا يَكُونُ العَمَلُ تَامّاً حَتَّى يَكُونَ يَدُ المَمْلُوكِ بَاطِشَتَيْنِ، وَرِجْلاهُ مَاشِيَتَيْنِ، وَلَهُ بَصَرٌ، وَإِنْ كَانَتْ عَيْناً وَاحِدَةً [وَيَكُونُ يعْقِلُ]، فَإِنْ كَانَ أَبْكَمَ، أَوْ أَصَمَّ، أو ضَعِيفَ البَطْشِ أَجْزَأَ، وَيُجْزِىءُ المَجْنُونُ الَّذِي يفِيقُ فِي أَكْثَرِ الأحْيَانِ، وَيُجْزِىءُ الأعْوَرُ، وَالعرجُ الخَفِيفُ، [وَشَلَلُ الحيضِ]، وَكُلُّ عَيْبٍ لا يضرُّهُ فِي العَمَلِ إِضْرَاراً بَيِّناً، وَلا يُجْزِىءُ الأعْمى، وَلا المُقْعَدُ، وَلا الأشَلُّ الرِّجْلِ وَيُجْزِىءُ الأصَمُّ، وَالخصِيُّ، وَالمَرِيضُ الَّذِي لَيسَ بِهِ مَرضُ زَمانَةٍ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ: لا يُجْزِىءُ فِي الرِّقَابِ الوَاجِبَةِ مُدبَّرٌ، وَلا أُمُّ وَلَدٍ، وَيُجْزِىءُ المُكَاتَبُ إِنْ لَمْ يَكُنْ أَدَّى مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئاً اسْتِحْسَاناً، وَإِنْ كَانَ أَدَّى شَيْئاً لَمْ يَجُزْ، وَلا يَجُوزُ الأعْمى، وَلا المُقْعَدُ، وَلا المَقْطُوعُ اليَدَيْنِ، وَلا المَقْطُوعُ الرِّجْلَيْنِ، وَلا المَقْطُوعُ اليَدِ وَالرِّجْلِ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ يَدُهُ الوَاحِدَةُ مَقْطُوعَةً، أو رِجْلُهُ، أو مَقْطُوعَ اليَدِ وَالرِّجلِ مِنْ خِلافٍ، أَو كَانَ أَعْوَرَ العَيْنِ الوَاحِدَةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ

يُجْزِىءُ، وَلا يُجْزِىءُ فِي ذَلِكَ مَقْطُوعُ الإِبْهَامَيْنِ، وَلا مَقْطُوعُ ثَلاثَةِ أَصَابِعَ فِي كُلِّ كَفٍّ [سِوى الإِبْهَامَيْنِ]، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ثَلاثَةِ أَصَابِعَ أَجْزَأَ، وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى، وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ سَوَاءٌ.

وَيُجْزِىءُ عِنْدَهُم الكَافِرُ فِي الظِّهارِ، وَكَفَّارَةِ اليَمِينِ، وَلا يُجْزِىءُ فِي قَتْلِ الخَطَأ.

وَمَنْ أَعْتَقَ فِي رَقَبَةٍ وَاجِبَةٍ عَلَيهِ عَبْداً بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ، لَمْ يُجْزِئْهُ مُوسِراً كَانَ، أَو مُعْسراً فِي قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَيُجْزِئُهُ فِي قَولِ أَبِي يُوسُفَ، [وَمُحمدٍ] إِذَا كَانَ مُوسراً، وَلا يُجْزِئُهُ إِذَا كَانَ مُعسراً.

وَالأَشَلُّ عِنْدَهُم كَالأَقْطَعِ، يُجْزِىءُ، وَلا يُجْزِىءُ المَعْتُوهُ، وَلا الأَخْرَسُ، وَيُجْزِىءُ المَقْطُوعُ الأُذُنَيْنِ، وَالخصِيُّ.

وَقالَ زُفَرُ لا يُجْزِىءُ مَقْطُوعُ الأذنَيْنِ.

وَقالَ عُثْمانُ البتيُّ: يُجْزِىءُ الأَعْوَرُ، وَالأَعْرَجُ إِلا أَنْ لا يَمْشِيَ.

وَقالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ: لا يُجْزِىءُ فِي الرِّقَابِ الوَاجِبَةِ شَيْءٌ فِيهِ عَيْبٌ، وَلا يُجْزِىءُ الَّذِي يَجنُّ فِي كُلِّ شَهْرٍ مَرَّةً، وَإِنْ كَانَ فِيما بَيْنَ ذَلِكَ صَحِيحاً؛ لأَنَّ ذَلِكَ عَيْبٌ، وَلا يُجْزِىءُ الأَعْرَجُ، وَلا الأَجْدَعُ، وَلا الأَعْوَرُ، وَلا الأَشَلُّ؛ لأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لا يُجْزِىءُ فِي الضَّحَايَا، فَهُوَ فِي ذَلِكَ أَشَدُّ.

قال أبو عمر: أَجْمَعُوا عَلى أَنَّ العَيْبَ الخَفِيفَ فِي الرِّقَابِ الوَاجِبَةِ يُجْزِىءُ نَحْوَ الحَوَلِ، وَنُقْصانَ الضّرسِ، وَالظّفْرِ، وَأَثَرِ كَيِّ النَّارِ، وَالجرح الَّذِي قَدْ بَرِىءَ، وَذَلِكَ كُلُّهُ يُرَدُّ بِهِ العَيْبُ إِذَا نَقصَ مِنَ الثَّمَنِ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلى أَنَّهُ لَيسَ المُعْتَبَرُ فِي الرِّقابِ السَّلامَة مِنْ جَمِيعِ العُيُوبِ.

وَالقِياسُ لَها أيضاً عَلى الضَّحَايا بِأَلا يَسْتَقِيمَ مِنْ أَجْلِ السنِّ؛ لأَنَّ الصَّغِيرَ يُجْزِىءُ عِنْدَهُم فِي الرِّقَابِ الوَاجِبَةِ، وَلا يُجْزِىءُ فِي الضَّحَايَا.

وَأَمَّا قَولُ مَالِكٍ فِي أَنَّهُ لا يطْعمُ فِي الكَفَّارَاتِ إِلا مَساكِينَ المُسْلِمِينَ، فَقَدْ مَضى القَولُ فِي ذَلِكَ فِي كِتابِ الأَيْمانِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ.

٨ ـ باب عتق الحي عن الميت

١٤٨٤ ـ مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَمْرَةَ الأَنْصَارِيِّ؛ أَنَّ أُمَّهُ أَرَادَتْ أَنْ

١٤٨٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٣، من كتاب العتق والولاء، باب ٨ (عتق الحي عن الميت)، وقد تفرد به مالك.

توصِيَ، ثُمَّ أَخَّرَتْ ذَلِكَ إِلَى أَنْ تُصْبِحَ، فَهَلَكَتْ، وَقَدْ كَانَتْ هَمَّتْ بِأَنْ تُعْتِقَ، فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَن: فَقُلْتُ لِلْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ؛ أَيَنْفَعُهَا أَنْ أُعْتِقَ عَنْهَا؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ: إِنَّ سَعْد بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ أُمِّي هَلَكَتْ، فَهَلْ يَنْفَعُهَا أَنْ أُعْتِقَ عَنْهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ».

١٤٨٥ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ؛ أَنَّهُ قَالَ: تُوُفِّيَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ فِي نَوْمٍ نَامَهُ، فَأَعْتَقَتْ عَنْهُ عَائِشَةُ؛ زَوْجُ النَّبِيِّ ﷺ، رِقَاباً كَثِيرَةً.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذَلِكَ.

قال أبو عمر: لا أَعْلَمُ خِلافاً أَنَّ العِتْقَ، وَالصَّدَقَةَ، وَمَا جَرى مَجْرَاهُما مِنَ الأَمْوَالِ جَائِزٌ، كُلُّ ذَلِكَ فعله لِلْحَيِّ عَنِ المَيْتِ.

وَإِنَّما اخْتَلَفُوا فِي الوَلاءِ إِذَا أَعْتَقَ المرْءُ عَلى غَيْرِهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ في مَوْضِعِهِ.

وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِي الصِّيَامِ عَنِ المَيِّتِ، وَلا يَخْتَلِفُون أَنَّهُ لا يُصَلِّي أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ.

وَقَدْ ذَكَرْنا اخْتِلافَهم فِي الصِّيَامِ عَنِ المَيِّتِ فِي كِتَابِ الصِّيَامِ، وَذَكَرْنَا خَبَرَ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ وَمَوْتَهُ فِي كِتَابِ الصَّحَابَةِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ.

٩ ـ باب فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا

١٤٨٦ ـ مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ، ﷺ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ عَنِ الرِّقَابِ، أَيُّهَا أَفْضَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَغْلاهَا ثَمَناً، وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا».

قال أبو عمر: اخْتُلِفَ عَلى مَالِكٍ فِي إِسْنَادِ هَذا الحَدِيثِ: فَرَوَتْهُ عَنْهُ طَائِفَةٌ، كَما رَوَاهُ يَحْيَى، عَنْ هِشَامِ بْنِ عروَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ، مِنْهُم: مُطرفٌ، وَابْنُ أبي أُوَيْس، وَرَوحُ بْنُ عُبادَةَ، وَرَواهُ عَنْهُ آخَرُونَ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ مُرْسلاً مِنْهُم: ابْنُ وَهَبٍ، وَأَبُو مُصْعَبٍ، وَرَواهُ سَعِيدُ بْنُ دَاوُدَ الزبيديُّ، وَحبيبٌ كَاتِبُ مَالِكٍ،

١٤٨٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٤، من الكتاب والباب السابقين.

١٤٨٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٥، من كتاب العتق والولاء، باب ٩ (فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا)، وقد أخرجه عن أبي ذر الغفاري، البخاري في العتق، باب ٢ (أي الرقاب أفضل؟) حديث ٢٥١٨، ومسلم في الإيمان، باب ٣٤، (كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال) حديث ١٣٦، وأحمد في المسند ٥/ ١٧١، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٢٧٣.

عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبي مرواحٍ، عَنْ أَبي ذرٍّ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَرواهُ جَماعَةُ الرُّوَاةِ كَذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبي مرواح عَنْ أَبي ذرٍّ مُسْنَداً.

وَقَدْ ذَكَرْنا كَثيراً مِنَ الطُّرقِ بِذَلِكَ فِي «التَّمْهِيدِ»، وَهُوَ الصَّوَابُ عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ بِالحَدِيثِ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: أخبرنا معمرٌ، وَالثَّوريُّ، عَنْ هِشَام بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبي مرواح الغفاريِّ، عَنْ أَبي ذرٍّ، قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! أَيُّ الرِّقَابِ أفْضَلُ؟ قَالَ: «أَنْفَسُها عِنْدَ أهْلِها، وَأَغْلاها أَثْماناً».

وَكَذَلِكَ رَواهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ، وَالدَّرَاوَرْدِيُّ، وَوَكِيعٌ، وَيَحْيَى القَطَّانُ، وَسَائِرُ أَصْحابِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ.

حدَّثنا أَحْمدُ بْنُ قاسم، وَعَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفيانَ، قالا: حدَّثنا قَاسِمُ بْن أَصبغ، قالَ: حدَّثنا الحَارِثُ بْنُ أَبي أُسامَةَ، قالَ: حَدَّثنا أَبُو نعيم، قالَ: حدَثنا سُفْيانُ، عَنْ هِشام بْنِ عُروةَ، عَنْ أَبيهِ، عَنْ أَبي مرواح، عَنْ أَبِي ذَرٍّ، قَالَ: سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: أَيُّ الرِّقَابِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: «أَنْفَسُها عِنْدَ أَهْلِها، وَأَغْلاها ثَمناً».

١٤٨٧ ـ مَالِكٌ عَنْ نَافعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّهُ أَعْتَقَ وَلَدَ زِناً وَأُمَّهُ.

وَأَمَّا عِتْقُ ابْنِ عُمَرَ، لِولَدِ وَأُمِّهِ، فَقَدْ ذَكَرْنا عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ مِثْلَ ذَلِكَ، وَتَقَدَّمَ مِنْ رِوَايَةِ مَالِكٍ، عَنْ أَبي هُرَيْرَةَ، وفضالةَ بْنِ عُبيدٍ مِثْلَهُ أَيضاً، وَعَليهِ جُمْهُورُ العُلَماءِ، وَلا يَخْتَلِفُونَ أَنَّ عِتْقَ المُذْنِبِ ذِي الكَبِيرَةِ جائِزٌ، وَأَنَّ ذُنُوبَهُ لا تنقصُ مِنْ أَجْرِ مُعتِقِيهِ، وَكَذَلِكَ وَلَدُ الزِّنا؛ لأَنَ ذُنُوبَ أَبَوَيْهِ لَيسَ شَيْءٌ مِنه مَعْدُوداً عَلَيهِ بِدَلِيلِ قَولِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤] ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: ١٦٤].

وَقَدْ أَجْمَعَ العُلماءُ عَلى جَوازِ عتْقِ الكَافِرِ تَطَوُّعاً، فَالمُسْلِمُ المُذْنِبُ أولى بِذَلِكَ.

وَأَمَّا مَا يَجُوزُ فِي الرِّقَابِ الوَاجِبَةِ، فَقَدْ مَضى القَولُ فِيها فِي البَابِ قَبْلَ هَذا، والحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

وَروى ابْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينارٍ، عَنِ الزُّبيرِ بْنِ مُوسى، عَنْ أُمِّ حكيم بِنْتِ طَارِقٍ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ المُؤْمِنِينَ، قالَتْ: «أَعْتِقُوهُمْ، وَأَحْسِنُوا إِلَيهم وَاسْتَوْصُوا بِهِمْ خيراً» تعْنِي أَوْلادَ الغيَّةِ.

١٤٨٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٦، من الكتاب والباب السابقين.

قالَ: وحدَّثنا عَمْرُو بْنُ دِينارٍ أَنَّهُ سَمِعَ سُليمانَ بْنَ يَسارٍ يَقُولُ: قَالَ عُمَرُ: «أَعْتِقُوهُمْ، وَأَحْسِنُوا إِليهِمْ، وَاسْتَوْصُوا بِهِمْ خَيراً» يَعْنِي اللَّقِيطَ.

وَرَوى سُفْيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، عن عَمْرِو بْنِ دِينارٍ، عَنْ وَهْبِ بْنِ منبهٍ، قالَ: كَانَ الرَّجلُ إِذَا ساحَ فِي بَنِي إِسْرائِيلَ أَرْبَعِينَ سُنَةً أُرِيَ شَيئاً، قالَ: فساح رَجُلٌ، وَلَدُ غيَّةٍ أَرْبَعِينَ سَنَةً فَلَمْ يَرَ مَا كَانَ يرى مَنْ قَبْلَهُ، فَقالَ: أَيْ رَبِّ، أَرَأَيْت إِنْ أَحْسَنْتُ، وَأَسَاءَ أَبَوايَ، مَاذَا عَلَيَّ؟ قالَ: فَرأى مَا رَأى السَّائِحُونَ قَبْلَهُ.

١٠ ـ باب مصير الولاء لمن أعتق

١٤٨٨ ـ مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ؛ أَنَّها قَالَتْ: جَاءَتْ بَرِيرَةُ فَقَالَتْ: إِنِّي كاتَبْتُ أَهْلِي[1] عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ، فِي كُلِّ عام أُوقِيَةٌ، فَأَعِينِينِي، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: إِنْ أحبَّ أَهْلُكِ أَنْ أَعُدَّهَا لَهُمْ عَنْكِ، عَدَدْتُها وَيَكُونَ لي وَلاؤُكِ فَعَلْتُ، فَذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إِلَى أَهْلِهَا، فَقَالَتْ لَهُمْ ذَلِكَ، فَأَبَوْا عَلَيْهَا، فَجَاءَتْ مِنْ عِنْدِ أَهْلِهَا وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ جالِسٌ، فَقَالَتْ لِعَائِشَةَ: إِنِّي قَدْ عَرَضْتُ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ فَأَبَوْا عَلَيَّ، إِلا أَنْ يَكُونَ الْوَلاءُ لَهُمْ، فَسَمِعَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَسَأَلَهَا، فَأَخْبَرَتْهُ عَائِشَةُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «خُذِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلاَءَ، فَإِنَّمَا الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» فَفَعَلَتْ عَائِشَةُ، ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي النَّاسِ، فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: «(أَمَّا بَعْدُ) فَمَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مائَةَ شَرْطٍ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، وَإِنَّما الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

١٤٨٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٧، من كتاب العتق والولاء، باب ١٠ (مصير الولاء لمن أعتق)، وقد أخرجه البخاري في البيوع، باب ٧٣ (إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل) حديث ٢١٦٨، ومسلم في العتق، باب ٢ (إنما الولاء لمن أعتق) حديث ٨، وأبو داود في الفرائض حديث ٢٩١٥، ٢٩١٦، والعتق حديث ٣٩٢٩، والترمذي في البيوع حديث ١٢٥٦، والوصايا حديث ٢١٢٤، والولاء والهبة حديث ٢١٢٥، والنسائي في الزكاة حديث ٢٦١٢، والطلاق حديث ٣٤٤٥، ٣٤٤٦، ٣٤٤٧، ٣٤٤٨، ٣٤٤٩، ٣٤٥١، والبيوع ٤٦٤٠، ٤٦٤١، ٤٦٤٢، ٤٦٥٤، وابن ماجه في الطلاق حديث ٢٠٧٦، والأحكام حديث ٢٥٢١، والدارمي في الصلاة حديث ١٢٤٣، وأحمد في المسند ١/ ٢٨١، ٣٢١، ٢/ ٢٨، ١٠٠، ١١٣، ١٤٤، ١٥٣، ١٥٦، ٦/ ٣٣، ٤٢، ٤٦، ٨٢، ١٠٣، ١٢١، ١٣٥، ١٦١، ١٧٢، ١٧٥، ١٧٨، ١٨٠، ١٨٦، ١٩٠، ٢١٣، ٢٧٢.

(١) كاتبت أهلي: الكتاب والمكاتبة، هو أن يكاتب الرجل عبد، أو أمته على مال منجم، ويكتب العبد عليه أن يعتق إذا أدى النجوم، فالعبد مكاتَب ومكاتِب.

١٤٨٩ ـ مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ أَرَادَتْ أَنْ تَشْتَرِيَ جَارِيَةً تُعْتِقُهَا، فَقَالَ أَهْلُهَا: نَبِيعُكِهَا عَلَى أَنَّ وَلاءَها لَنَا، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «لا يَمْنَعَنَّكِ ذَلِكَ، فَإِنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

١٤٩٠ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمنِ؛ أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ تَسْتَعِينُ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ أَصُبَّ لَهُمْ ثَمَنَكِ صَبَّةً وَاحِدَةً[1]، وَأُعْتِقَكِ، فَعَلْتُ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ بَرِيرَةُ لأَهْلِهَا، فَقَالُوا: لا، إِلا أَنْ يَكُونَ لَنَا وَلاؤُكِ.

قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: فَزَعَمَتْ عَمْرَةُ أَنَّ عَائِشَةَ ذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اشْتَرِيهَا وَأَعْتِقِيهَا، فَإِنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

١٤٩١ ـ مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهى عَنْ بَيْعِ الْوَلاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ.

قَالَ مَالِكٌ، فِي الْعَبْدِ يَبْتَاعُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ، عَلى أَنَّهُ يُوَالِي مَنْ شَاءَ: إِنَّ ذَلِكَ لا يَجُوزُ، وَإِنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ، وَلَوْ أَنَّ رَجُلاً أَذِنَ لِمَوْلاهُ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ مَا جَازَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وَنَهى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْوَلاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ، فَإِذَا جَازَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ لَهُ، وَأَنْ يَأْذَنَ لَهُ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ، فَتِلْكَ الْهِبَةُ.

١٤٨٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٨، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البخاري في البيوع باب ٧٣ (إذا اشترط شروطاً في البيوع لا تحل) حديث ٢١٦٩، ومسلم في العتق، باب ٢ (إنما الولاء لمن أعتق) حديث ٥ والنسائي في البيوع حديث ٤٦٤٤.

١٤٩٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٩، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البخاري في المكاتب، باب ٤ (بيع المكاتب إذا رضي) ٢٥٦٤، وأبو داود في الفرائض حديث ٢٩١٥، ٢٩١٦، والعتق حديث ٣٩٢٩، والنسائي في الزكاة حديث ٢٦١٢، والبيوع حديث ٤٦٤٠، ٤٦٤١، ٤٦٤٢، ٤٦٤٣، ٤٦٥٤، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٥٢١.

(١) أصب لهم ثمنك صبة واحدة: أي أدفعه عاجلاً في مرّة واحدة. تشبيهاً بصب الماء، وهو انسكابه.

١٤٩١ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٠، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البخاري في العتق، باب ١٠ (بيع الولاء وهبته) حديث ٢٥٣٥، ومسلم في العتق، باب ٣ (النهي عن بيع الولاء وهبته) حديث ١٦، وأبو داود في الفرائض حديث ٢٩١٩، والبيوع حديث ٣٣٦٣، والترمذي في البيوع حديث ١٢٣٦، والولاء والهبة حديث ٢١٢٦، والفتن حديث ٢٢٠٠، والنسائي في البيوع حديث ٤٦٥٥، ٤٦٥٦، ٤٦٥٧، والقسامة حديث ٤٧٣٨، ٤٧٣٩، ٤٧٤٠، وابن ماجه في الفرائض حديث ٢٧٤٧، ٢٧٤٨، والدارمي في البيوع حديث ٢٥٧٢، والاستئذان حديث ٢٦٨٨، وأحمد في المسند ٢/٩، ٧٩، ١٠٧.

قال أبو عمر: قَدْ خَرجَ النَّاسُ فِي مَعَانِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ وُجُوهاً كَثِيرَةً، فَمِنْهُمْ مَنْ لَهُ فِي ذَلِكَ بَابٌ، وَمِنهُم فِي ذَلِكَ كِتَابٌ، وَرُبَّما ذَكَرُوا مِنَ الاسْتِنْبَاطِ مَا لا يفِيدُ عِلْماً وَلا يثيرُهُ، وَنَحْنُ ـ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى بِعَونِهِ وَفَضْلِهِ ـ نَذْكُرُ مِنْ معَانِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ هَا هُنا مَا فِيهِ كِفَايَةٌ مِنَ الأَحْكَامِ الَّتِي عُنِي بِذكْرِها وَبِالحِرْصِ فِيها الفُقهاءُ، وَأُولُو الأَحْلام، وَالنُّهى.

فَمِنْ ذَلِكَ أَنَّ فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ اسْتِعْمالُ عُمُوم الخِطَابِ فِي السُّنَّةِ، وَالكِتَابِ؛ لأَنَّ بَرِيرَةَ لَمَّا كَاتَبَها أَهْلُها دَلَّ عَلى أَنَّ الرِّجَالَ وَالنِّساءَ وَالعَبِيدَ وَالإِمَاءَ دَاخِلُونَ فِي عُمُوم قَولِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ﴾ الآية [النور: ٣٣]، وَأَنَّ الأَمَةَ ذَاتَ زَوجٍ كَانَتْ أو غَيرَ ذاتِ زَوجٍ دَاخِلَة فِي حَدِيثِ بَرِيرة فِي عُمُومِ الآيَة؛ لأَنَّها كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ، لا خِلافَ فِيهِ.

وَفِيهِ دَلِيلٌ أَنَّ كِتَابَةَ الأَمَةِ ذَاتِ الزَّوجِ جَائِزَةٌ دُونَ زَوْجِها، وَفِي ذَلِك دَلِيلٌ عَلى أَنَّ زَوجَها لَيسَ لَهُ مَنْعَها مِنَ الكِتَابَةِ، وَإِنْ كَانَتْ تؤُولُ إِلى فِراقِهِ بِغَيرِ إِرَادَتِهِ إِذَا أَدَّتْ وَعتقَتْ، وَخيِّرتْ، فَاخْتَارَتْ نَفْسها، وَلا مَنْعها مِنَ السَّعْي في كِتَابَتِها.

وَلَوِ اسْتَدَلَّ مُسْتَدِلٌ مِنَ هَذا المَعْنى؛ بأَنَّ الزَّوْجَةَ لَيْسَ عَلَيها خِدْمَةُ زَوجِها كَانَ حَسَناً.

كما أَنَّ لِلسَّيِّدِ عتق الأَمَةِ تَحْتَ العَبْدِ وَإِن أَدّى ذَلِكَ إِلى بُطلانِ نِكاحِهِ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ أَمَتَهُ مِنْ زَوْجِها الحُرِّ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي بُطلانِ زَوْجِيَّتَيْهِما كَانَ بِهذا المَعْنى جَائِزاً لَهُ كِتَابَتُها عَلى رَغْمِ زَوْجِها.

وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ بِهِ يَجُوزُ لِلسَّيِّدِ مُكَاتَبَةُ عَبْدِهِ، وَأَمَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا شَيْءٌ مِنَ المَالِ، أَلا ترى أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ تَسْتَعِينُ عَائِشَةَ فِي أَوَّلِ كِتَابَتِها، وَلَمْ تَكُنْ أَدَّتْ مِنْها شَيْئاً.

كَذلِكَ ذَكَرَ ابْنُ شِهابٍ، عَنْ عُرْوَةَ فِي هَذَا الحَدِيثِ، ذَكَرَهُ ابْنُ وَهْبٍ، عَنْ يُونُسَ، وَاللَّيْث، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ عُرْوةَ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: جَاءَتْ بَرِيرَةُ إِلَيَّ، فَقَالَتْ: يا عَائِشَةُ! إِنِّي كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلى تِسْعِ أواقٍ فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةٌ فَأَعِينِينِي، وَلَمْ تَكُنْ قَضَتْ مِنْ كِتَابَتِها شَيْئاً. . ، وَذَكَرَ تَمامَ الحَدِيثِ.

[وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلى إِجَازَةِ كِتَابَةِ الأَمَةِ، وَهِيَ غَيرُ ذَاتِ صَنْعَةٍ، وَكِتَابَةِ مَنْ لا حِرْفَةَ لَهُ، وَلا مَالَ مَعَهُ إِذْ ظَاهِرُ الخَبَرِ أَنَّها ابْتَدَأَتْ بِالسُّؤالِ مِنْ حين كُوتِبَتْ، وَلَمْ يَقُلِ النَّبيُّ ﷺ: هَلْ لَها مَالٌ، أو عَمَلٌ واجبٌ أو مالٌ، وَلَو كَانَ هَذا وَاجِباً لَسَأَلَ عَنْهُ لِيَقَعَ عِلْمُهُ عَلَيهِ؛ لأَنَّهُ بُعِثَ مُبيناً ومُعلِّماً ـ ﷺ ـ.

وَفِيما وَصَفْنَا دَلِيلٌ عَلى أنَّ قَولَ مَنْ تَأوَّلَ قَولَ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] أنَّ الخَيْرَ هَا هُنَا المَالُ، لَيسَ بِالتَّأْوِيلِ الجيِّدِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ رُوِيَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ المُسْلِمِينَ، قَدْ ذَكَرْتُ بَعْضَهُم فِيما تَقَدَّمَ مِنْ بَابِ المُكَاتَبِ.

وَالدَّلِيلُ عَلى ضَعْفِ هَذا التَّأْوِيلِ إِجْمَاعُ العُلماءِ عَلى أنَّ مَالَ العَبْدِ لِلسَّيِّدِ، إنْ شَاءَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنْ عندِهِ انْتَزعَهُ مَنْ قَالَ مِنْهُم: إنَّ العَبْدَ يملكُ، وَمَنْ قَالَ: إِنَّهُ لا يملكُ، فَكَيْفَ يُكَاتِبُهُ بِمَالِهِ إلا أنْ يَشَأْ تَرْكَ ذَلِكَ لَهُ؟

وَأَصَحُّ مَا فِي تَأْوِيلِ الآيَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ أنَّ الخَيْرَ المَذْكُورَ فِيها هُوَ القُدْرَةُ عَلى الاكْتِسَابِ مَعَ الأَمَانَةِ، وَقَدِ يَكْتسبُ بِالسُّؤَالِ كَما قِيلَ: السُّؤَالُ آخِرُ كَسْبِ الرَّجُلِ، أيْ أَرْذَلُ كَسْبِ الرَّجُلِ.

وكَانَ ابْنُ عمر يَكْرَهُ كِتَابَةَ العَبْدِ إذا لَمْ تَكُنْ لَهُ حِرْفَةٌ، وَكَانَ يَكْرَهُ أنْ يطْعمَهُ مُكاتَبُهُ مِنْ سُؤَالِ النَّاسِ، وَقَالَ بِذَلِكَ طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الوَرَعِ.

وَفِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ] مَا يَدُلُّ عَلى جَوَازِ اكْتِسَابِ المُكَاتَبِ بِالسُّؤَالِ، وَأنَّ ذَلِكَ طَيِّبٌ لِمَولاهُ، وَهُوَ يَرُدُّ قَولَ مَنْ قَالَ لا تَجُوزُ كِتَابَةُ المُكَاتَبِ إِذا عَدَلَ عَلى السُّؤَالِ؛ لأنَّهُ يطْعمُهُ أَوْسَاخَ النَّاسِ.

وَالدَّلِيلُ عَلى صِحَّةِ مَا قُلْنَا أنَّ ما طَابَ لِبَرِيرَةَ أَخْذُهُ طَابَ لِسَيِّدِها أَخْذُهُ مِنْها اعْتِبَاراً بِاللَّحم الَّذِي كَانَ عَلَيها صَدَقَةٌ، وَلِلنَّبِيِّ ﷺ هَدِيَّةٌ، وَاعْتِباراً أيضاً بِجَوازِ مُعَامَلَةِ النَّاسِ لِلسَّائِلِ.

وَقَدْ رُوِيَ أَيضاً عَنِ النَّبيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ سَهْلِ بْنِ حنيفٍ، وغيرهُ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ أَعَانَ غَارِماً فِي عُسْرَتِهِ، أو غَازِياً فِي سَبِيلِ اللَّهِ، أو مُكاتَباً فِي رَقَبَتِهِ أَظَلَّهُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَومَ لا ظِلَّ إلا ظِلُّه»[1]، فَنَدَبَ النَّاسَ إِلى الصَّدَقَةِ عَلى المُكَاتَبِ.

وَقَدْ تَأوَّلَ قَومٌ مِنَ العُلَماءِ فِي ذَلِكَ قَولَ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠] أَنَّهم المُكَاتَبُونَ، يُعانُونَ فِي فَكِّ رِقَابِهم مَنِ اشْتَرطَ مِنْهُم عَوْنَهُمْ فِي أَجْرِ الكِتَابَةِ، وَمَنْ لَمْ يَشْتَرِطْ، وَأَجَازُوا لَهُمُ الزَّكاةَ المَفْرُوضَةَ فَضْلاً عَنِ التَّطَوُّعِ.

وَكَانَ الحَسَنُ البَصْرِيُّ يَقُولُ فِي قَولِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] قَالَ صِدْقاً وَأَمَانَةً، مَنْ أَعْطَاهُمْ كَانَ مَأْجُوراً، [وَمَنْ سُئِلَ، فَرَدَّ خيراً كَانَ مَأْجوراً].

وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ النخعيُّ: إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خيراً: صِدْقاً وَوَفَاءً.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٣/ ٤٨٧.

وَقالَ عِكْرِمَةُ قُوَّةٌ تعينُ عَلى الكَسْبِ.
وَقالَ سُفْيَانُ الثَّوريُّ: دِيناً وَأَمَانَةً.
وَقالَ آخَرُونَ: الخَيْرُ هَا هُنا الصَّلاةُ، وَالصَّلاحُ.
وَقَدْ ذَكَرْنا هَذا المَعْنى بِأَتَمِّ ذِكْرٍ فِي كِتَابِ المُكَاتَبِ.
وَاتَّفَقَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ فِي جَوَازِ كِتَابَةِ مَنْ لا حِرْفَةَ لَهُ، وَلا مَالَ مَعَهُ.
فَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أيضاً كَرَاهِيَةُ ذَلِكَ.
وَكَرِهَ الأَوْزَاعِيُّ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحَاقُ كِتَابَةَ مَنْ لا حِرْفَةَ لَهُ.
وَعَنْ عُمَرَ، وَابْنِ عُمَرَ، وَمَسْرُوقٍ مِثْلُ ذَلِكَ.
وَقَدْ ذَكَرْنا مَا لِلْعُلماءِ مِنَ التَّنَازُعِ فِي وُجُوبِ كِتَابَةِ العَبِيدِ إِذَا ابتغُوا ذَلِكَ مِنْ سَادَاتِهِم وَعَلِمُوا فِيهِمْ خَيْراً فِي كِتَابِ المُكَاتَبِ.
وَأَمَّا قَوْلُها: «كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلى تِسْعِ أَوَاقٍ»، فَقَدْ ذَكَرْنا مَبْلَغَ الأوقِيَّةِ، وَالأَصْلَ فِيها في كِتَابِ الزَّكاةِ.
وَأَمَّا قَولُها: فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةٌ، فَفِيهِ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ الكِتَابَةَ تَكُونُ عَلى النَّجمِ، وَهَذَا جَائِزٌ عِنْدَ الجَمِيعِ، وَأَقَلُّ الأنْجُمِ ثَلاثَةٌ.
وَاخْتَلَفُوا فِي الكِتَابَةِ إِذا وَقَعَتْ عَلى نجمٍ وَاحِدٍ؛ فَأَكْثَرُ أَهْلِ العِلْمِ يُجِيزُونَها عَلى نجمٍ وَاحِدٍ.
وَقالَ الشَّافِعِيُّ: لا تَجُوزُ عَلى نجمٍ وَاحِدٍ، وَلا تَجُوزُ حَالَّةً البَتَّةَ؛ لأَنَّها لَيْسَتْ كِتَابَةً، وَإِنَّما هُوَ عتق عَلى صِفَةِ [كِتَابَةٍ] كَأَنَّهُ قَالَ: إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ كَذَا وَكَذَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، وَقَدِ احْتجَّ بِقَولِها فِي هَذَا الحَدِيثِ: فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةٌ.
وَمَنْ أَجَازَ النَّجامَةَ فِي الدُّيُونِ كُلِّها عَلى مِثْلِ هَذا فِي كُلِّ شَهْرٍ كَذَا، وَلا يَقُولُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ، أو فِي وَسَطِهِ، أو فِي آخِرِهِ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَقُلْ إِنَّها كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ المُكَاتَبَ مُنْفَرِدٌ بِكَسْبِهِ كالأَجْنَبِيِّ، لَيْسَ كَالعَبْدِ.
وَأَبى ذَلِكَ أَكْثَرُ الفُقَهاءِ حَتَّى يَقُولَ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ، أو فِي وَسَطِهِ، أو عِنْدَ انْقِضَائِهِ، أو يُسَمِّيَ الوَقْتَ مِنَ الشَّهْرِ أو العَامِ؛ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنِ البَيْعِ المُؤَجَّلِ إلى أَجَلٍ مَعْلُومٍ، وَنَهيِهِ عَنْ بَيْعِ حَبلِ حبلَةِ، [وَهِيَ إلى حِينِ تُباعُ النَّاقةُ وَنتاجُ نتاجِها]، وَقالُوا: لَيسَ مُعَامَلَةُ السَّيِّدِ لِمُكاتَبِهِ كالبُيُوعِ؛ لأَنَّهُ لا رِبا بَيْنَ العَبْدِ وَسَيِّدِهِ، «المُكاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عَلَيهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ»[1].

---

(١) أخرجه أبو داود في العتاق باب ١، والترمذي في البيوع باب ٣٥، ومالك في المكاتب حديث ١، ٢. وسيأتي بعد قليل في كتاب المكاتب.

وَأَمَّا قَولُ عَائِشَةَ: «إِنْ أَحبَّ أَهْلُكِ أَنْ أعدَّها لَهُمْ عَدَدْتُها، فَفيهِ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ العَد فِي الدَّرَاهِم الصِّحَاح يَقُومُ مقامَ الوَزْنِ، وَأَنَّ البَيْعَ، والشِّراءَ بِها جَائِزٌ مِنْ غَيرِ ذِكْرِ الوَزْنِ؛ لأنَّها لَمْ تَقُلْ: أَزِنُها لَهُمْ، وَهَذا عَلى حَسبِ سُنَّةِ البَلَدِ، وَعِلْم ذَلِكَ فِيهِ، وَلَيسَ ذَلِكَ مِنْ سُنَّةِ بَلَدِنا، وَلا مَعْرُوفٌ عِنْدَنا.

وَالأَصْلُ فِي الذَّهَبِ وَالوَرِقِ الوَزْنُ، وَفِي البرِّ وَمَا كَانَ مِثْلَهُ الكيل، وَإِنَّما يَجُوزُ العدُّ فِي بَلَدٍ يَكُونُ الضَّارِبُ فِيهِ لِلدَّنَانِيرِ والدَّرَاهِم يَعْتبرُ الوَزْنَ، وَلا تَدْخلُهُ فِيهِ دَاخِلَةٌ.

وَمَنْ أَجازَ عَدَّ الدَّنَانيرِ، وَالدَّرَاهِم إِنَّما يُجيزها فِي العُرُوضِ كُلِّها، أو فِي الذَّهَبِ بالوَزْنِ، لا فِي بَعْضِ الجِنْسِ بِبَعْضِهِ.

وَأَمَّا قَولُها: «وَيَكُونُ ولاؤُكِ لِي فَعَلْتُ» فَظَاهِرُ هَذا الكَلام أَنَّها أَرَادَتْ أَنْ تَشْتَرِيَ مِنْهُم الولاء بَعْدَ عَقْدِهمُ الكِتَابَةَ، لأَمَتِهِم، وَأَنْ تُؤدِّيَ جَمِيعَ الكِتَابَةِ إِلَيْهِم؛ لِيَكُونَ الوَلاءُ لَها، فَأَبوا ذَلِكَ عَلَيها، وَقالُوا: لا يَكُونَ الوَلاءُ إِلا لَنَا.

وَلَو كَانَ هَذا الكَلامُ كَما نَقَلَهُ هِشَامٌ وَغَيرُهُ، عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ لَكانَ النَّكِيرُ حِينَئِذٍ عَلى عَائِشَةَ؛ لأنَّها كَانَتْ مَتْبُوعَةً بِأَدَاءِ كِتَابَةِ بَرِيرَةَ، وَمُشْتَرِطَةً لِلْوَلاءِ مِنْ أَجْلِ الأَدَاءِ، وَهَذَا بَيْعُ الوَلاءِ، وَقَدَ نهى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ.

فَلَو كَانَ كَذَلِكَ لَكانَ الإِنْكارُ عَلى عَائِشَةَ ـ رضي الله عنها ـ دُونَ موَالِي بَرِيرَةَ، وَلَكِنَّ الأَمْرَ لَيْسَ كَذَلِكَ بِدَلِيلِ مَا نَقَلَهُ غَيرُ مَالِكٍ فِي حَدِيثِ هِشَامٍ وَمَا نَقَلَهُ غَيرُ هِشَامٍ فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ فِي هَذِهِ القِصَّةِ.

فَمِنْ ذَلِكَ أَنَّ وُهيبَ بْنَ خَالِدٍ ـ وَكَانَ حَافِظًا ـ رَوى هَذا الحَدِيثَ عَنْ هِشَام بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ فَقَالَ فِيهِ: إِنْ أَحبَّ أَهْلُك أَنْ أَعُدَّها لَهُمْ عدةً وَاحِدَةً، فَأَعْتِقُكِ، وَيَكُونُ وَلاؤُكِ لِي، فَعَلْتُ، فَقَولُها: وأعتقُكِ دَلِيلٌ عَلى شِرَائِها لَها شِرَاءً صَحِيحاً؛ لأَنَّهُ لا يعْتقُها إِلا بَعْدَ الشِّرَاءِ لَها.

هَذا هُوَ الظَّاهِرُ فِي قَوْلِها: «وَأَعتقُكِ»، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَفِي حَدِيثِ ابْنِ شِهابٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِعَائِشَةَ: «لا يَمْنَعُكِ ذَلِكَ، ابْتَاعِي، وَأَعْتقِي»، فَأَمَرَهَا بِابْتِياعِ بَرِيرَةَ، وَعتقَها بَعْدَ مِلْكِها لَها.

وَهذا هُوَ الصَّحِيحُ فِي الأُصُولِ.

وَفِي قَولِهِ فِي حَدِيثِ ابْنِ شِهابٍ: «ابْتَاعِي، وَأَعْتِقِي» تَفْسِيرُ قَولِهِ فِي حَدِيثِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ: «خُذِيها»، أَيْ خُذِيها بِالابْتِياعِ، ثُمَّ أَعْتِقِيها.

وَيُصَحِّحُ هَذَا كُلَّهُ حَدِيثُ مَالِكٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ عَائِشَةَ أَرَادَتْ أَنْ

تَشْتَرِيَ بَرِيرَةَ فتعْتقها، فقالَ أهْلُها: نَبيعُكَها عَلى أنَّ الولاء لَنَا، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقالَ: «لا يَمْنَعُكِ ذَلِكَ، فَإِنَّ الولاء لِمَنْ أعْتَقَ».

وَلَيسَ فِي أحَادِيثِ بَرِيرَةَ أصَحُّ مِنْ هَذا الإِسْنَادِ؛ لأنَّ الأحَادِيثَ عَنْ عَائِشَةَ مُخْتَلِفَةُ الألْفَاظِ جِداً.

وَقَدْ بَانَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ أنَّ عَائِشَةَ إنَّما أرَادَتْ شِراءَ بَرِيرَةَ، وعتْقَها، فَأبى أهْلُها إلا أنْ يَكُونَ الوَلاءُ لَهُم.

وَفِي هَذا يَكُونُ الإِنْكارُ على مَوَالِي بَرِيرَةَ، لا عَلى عَائِشَةَ؛ لأنَّ الوَلاءَ لِلْمُعْتِقِ، وَلا يَتَحَوَّلُ بِبَيْعٍ، وَلا بِهِبَةٍ.

وَفِي ذَلِكَ إبْطَالُ الشَّرْطِ فِي البَيْعِ إذَا كَانَ بَاطِلاً، وَتَصْحِيحِ البَيْعِ، وَهَذِهِ مَسْألَةٌ اخْتَلَفَتْ فِيها الآثارُ، وَعُلَماءُ الأمْصَارِ.

وَقَدْ رَوى الأعْمَشُ، عَنْ إبْرَاهِيمَ، عَنِ الأسْوَدِ، عَنْ عَائِشَةَ أنَّ أهْلَ بَرِيرَةَ أرَادُوا أنْ يَبِيعُوها، وَيَشْتَرِطُوا الوَلاءَ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقالَ: «اشْتَرِيها، وَأعْتِقِيها، فَإِنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ».

وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ عَنْ عَائِشَةَ مُوَافِقَةٌ لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ فِي ذَلِكَ.

وَكَذَلِكَ فِي حَدِيثِ ابْنِ شِهابٍ مَا يَدُلُّ عَلى أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أمَرَها بِالشِّرَاءِ ابْتِدَاءً، وَتعْتقُها بَعْدَ ذَلِكَ، وَيَكُونُ الوَلاءُ لَها.

وَفِي حَدِيثِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أيضاً فِي قَوْلِهِ: «خُذِيها، وَلا يَمْنَعُكِ ذَلِكَ، فَإنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ» دَلِيلٌ عَلى صِحَّةِ شِرَائِها ـ إنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ.

وَاشْتِرَاط أهْلِ بَرِيرَةَ الوَلاءَ بَعْدَ بَيْعِهِم لَها لِلْعِتْقِ، خَطَبَهُم رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مُنْكِراً لِذَلِكَ، وَقالَ: «مَا بَالُ رِجالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً، لَيْسَتْ فِي حُكْمِ اللَّهِ، أيْ لَيْسَتْ فِي حُكْمِ اللَّهِ، كَما قَالَ اللَّهُ تَعالى: ﴿كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٤] أيْ حُكْمُ اللَّهِ فِيكُمْ.

وَقَدْ ذَكَرْنا مَا لِلْعُلَماءِ فِي بَيْعِ المُكَاتَبِ لِلْعِتْقِ، وَغَيرِهِ فِي حَالِ تَعْجِيزِهِ، وَحُكْمَ ذَلِكَ كُلِّهِ فِي كِتَابِ المُكَاتَبِ.

وَفِي هَذا الحَدِيثِ أيضاً دَلِيلٌ عَلى أنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ لِلْمُكَاتَبِ، لا يُوجِبُ لَهُ عِتْقاً.

وَفِي ذَلِكَ رَدُّ قَولِ مَنْ قَالَ: إنَّهُ كَالغَرِيمِ مِنَ الغُرماءِ إذَا عُقِدَتْ كِتَابَتُهُ.

وَأمَّا قَولُهُ فِي حَدِيثِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ: خُذِيها، وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الوَلاءَ، فيكون مَعْناهُ؛ أظْهِرِي لَهُمْ حُكْمَ الوَلاءِ، فَإِنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ، أيْ عَرِّفِيهم بِحُكْمِ الوَلاءِ؛ لأنَّ الاشْتِرَاطَ، الإِظْهارَ، وَمِنْها أشْرَاطُ السَّاعَةِ ظُهُورُ عَلامَاتِها.

قَالَ أوسُ بْنُ حَجرٍ:

فَأشْرَطَ فِيهَا نَفْسَهُ وَهُوَ مُعْصِمٌ   وألْقَى بِأسْبَابٍ لَهُ، وَتَوَكَّلا[1]

أيْ أظْهَرَ نَفْسَهُ فِيما حَاوَلَ أنْ يَفْعَلَ.

وَقِيلَ: اشْتَرِطِي لَهُم الوَلاء، أيْ اشْتَرِطِي عَلَيهم، كَقَوْلِهِ تَعالى: ﴿إِنْ أَحْسَنتُمْ أَحْسَنتُمْ لِأَنفُسِكُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧] أيْ فَعَلَيْهَا.

وَكَقولِهِ: ﴿أُولَٰئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ﴾ [الرعد: ٢٥] أيْ عَلَيهم.

وَقولُهُ تَعَالى: ﴿فَمَن يُجَادِلُ اللَّهَ عَنْهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَم مَّن يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا﴾ [النساء: ١٠٩]. قوله عليهم بمعنى لهم.

وَيَجُوزُ أنْ يَكُونَ مَعْناهُ الوَعِيدُ، وَالتَّهاوُنُ لِمَنْ خَالَفَ مَا أمَرَ بِهِ، كَقَوْلِهِ تَعالى: ﴿وَاسْتَفْزِزْ مَنِ اسْتَطَعْتَ مِنْهُم بِصَوْتِكَ وَأَجْلِبْ عَلَيْهِم بِخَيْلِكَ وَرَجِلِكَ وَشَارِكْهُمْ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ﴾ الآية [الإسراء: ٦٤].

ثُمَّ قَالَ تَعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ﴾ [الإسراء: ٦٥] بَياناً بِفعل مِنْ فعلَ مَا نَهى عَنْهُ، وَتَحْذِيراً مِنْ مُوافَقَةِ ذَلِكَ.

وَمَعْلُومٌ أنَّهُ لَمْ يَكُنْ هَذا القَولُ مِنْهُ إلا بَعْدَ إعْلامِهِمْ أنَّ الوَلاء كَالنَّسَبِ، لا يُبَاعُ، وَلا يُوهَبُ؛ لأنَّهُ لا يَجُوزُ فِي صِفَتِهِ ﷺ أنْ يَنْهى عَنْ شَيْءٍ، ثُمَّ يَأْتِيَهُ، وَإنَّما مَعْناهُ: اشْتَرِطِي لَهُم الوَلاء، فَإنَّ اشْتِرَاطَهُم إياهُ بَعْدَ عِلْمِهِم بِأنَّ اشْتِرَاطَهُمْ لا يَجُوزُ غير نَافعٍ لَهُم، وَلا جَائِزٍ فِي الحُكْم؛ لأنَّهُ ﷺ أمَرَ بِاشْتِرَاطِ الوَلاءِ لَهُمْ؛ لِيَقَعَ البَيْعُ بَيْنَها وَبَيْنَهُم، فَبطلَ الشَّرْطُ وَيصِحُّ البَيْعُ، وَهُمْ غيرُ عَالِمِينَ بِأنَّ اشْتِرَاطَهم ذَلِكَ لأنْفُسِهم غَيرُ جَائِزٍ لَهُم؛ لأنَّ هَذا مَكْرٌ وَخَدِيعَةٌ.

وَالرَّسُولُ ﷺ أبْعَدُ النَّاسِ مِنْ هَذا، وَمِنْ أنْ يفْعلَ مَا نُهِيَ عَنْ فِعْلِهِ، وَأنْ يَرْضى لِغَيرِهِ مَا لا يَرْضى لِنَفْسِهِ، وَمَنْ ظَنَّ ذَلِكَ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَكَافِرٌ بِطَعْنِهِ على النَّبيِّ ﷺ، وَإنَّما كَانَ هَذا القَولُ مِنْهُ تَهْدِيداً، وَوَعِيداً لِمَنْ رَغبَ عَنْ سُنَّتِهِ، وَحُكْمِهِ مِنْ تَحْرِيمِ بَيْعِ الوَلاءِ، وَهِبَتِهِ، وَخَالَفَ فِي ذَلِكَ أمْرَهُ، وَأقْدَمَ عَلى فِعْلِ مَا قَدْ نهى عَنْ فِعْلِهِ.

---

(١) البيت من الطويل، وهو لأوس بن حجر في ديوانه ص٨٧، ولسان العرب (شرط)، (عصم)، وجمهرة اللغة ص٧٢٦، وأساس البلاغة (شرط)، وكتاب العين ٦/ ٢٣٦، وتاج العروس (شرط)، (عصم)، وسمط اللآلي ص٤٩٢، والحيوان ٥/ ٢٣، ٦/ ٤٢، والفاخر ص١٢٣، والتنبيه على أوهام أبي علي في أماليه ص٦٥، وبلا نسبة في مقاييس اللغة ٣/ ٢٦٠.

وَلَيسَ فِي حَدِيثِ مَالِكٍ فِي هَذَا البَاب تَخْيِيرُ بَرِيرَةَ حِينَ عتقَتْ تَحْتَ زَوْجِها، وَهُوَ عِنْدَهُ مِنْ حَدِيثِ رَبِيعَةَ مَذْكُورٌ فِي بَابِ الخِيَارِ مِنْ كِتَابِ الطَّلاقِ، وَقَدْ مَضى القَولُ فِيهِ هُناكَ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

وَفِي هَذَا الحَدِيثِ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ الشَّرْطَ الفَاسِدَ فِي البَيْعِ لا يفْسدُ البَيْعَ، وَلَكِنَّهُ يسْقطُ، وَيبطلُ الشَّرْطَ، وَيَصحُّ البَيْعُ.

وَهَذا عِنْدَ مَالِكٍ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ فِي شَيءٍ دُونَ شَيْءٍ يَطُولُ شَرْحُ مَذْهَبِهِ فِي ذَلِكَ، وَيَأْتِي كُلٌّ في مَوْضِعِهِ مِنَ البُيُوعِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى.

وَمَنْ قَالَ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ مَنْ يَرى أَنَّ الشَّرْطَ الفَاسِدَ يفْسدُ البَيْعَ، وَمِنْهُم مَنْ يَرى أَنَّهُ لا يَنْعَقِدُ بَيْعٌ، وَلا شَرْطٌ أَصْلاً، وَمِنْهُم مَنْ يَرى أَنَّ الشَّرْطَ لا يَضُرُّ البَيْعَ كَائِناً مَا كانَ.

وَهَذِهِ أُصُولٌ يُحْتَمَلُ أَنْ يُفْرَدَ لَها كِتَابٌ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي «التَّمْهِيدِ» خَبَرَ عَبْدِ الوَارِثِ بْنِ سَعيدِ الثوريِّ، قَالَ: قَدمْتُ مَكَّةَ، فَوجَدْتُ أَبَا حَنِيفَةَ، وَابْنَ أَبِي لَيلى، وَابْنَ شبرمَةَ، فَسَأَلْتُ أَبَا حَنِيفَةَ، فَقُلْتُ: مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ بَاعَ بَيْعاً وَشَرطَ شَرْطاً؟ فَقَالَ: البَيْعُ بَاطِلٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، ثُمَّ أَتَيْتُ ابْنَ أَبِي لَيلى، فَسَأَلْتُهُ، فَقالَ: البَيْعُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، ثُمَّ أَتَيْتُ ابْنَ شبرمَةَ، فَسَأَلْتُهُ، فَقَالَ: البَيْعُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ جَائِزٌ، فَقُلْتُ: يَا سُبْحانَ اللَّهِ! ثَلاثَةٌ مِنْ فُقَهاءِ العِرَاقِ، اخْتَلَفُوا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ، فَأَتَيْتُ أَبَا حَنِيفَةَ، فَأَخْبَرْتُهُ، فَقالَ: لا أَدْرِيَ مَا قَالا، حَدَّثني عَمْرُو بْنُ شعيبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: أَنَّ النبيَّ ﷺ نَهى عَنْ بَيْعٍ، وَشَرْطٌ البَيْعِ بَاطِلٌ، ثُمَّ أَتَيْتُ ابْنَ أَبِي لَيلى، فَأَخْبَرْتُهُ، فَقالَ: لا أَدْرِي مَا قَالا، حَدَّثَني هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: «أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَشْتَرِيَ بَرِيرَةَ، فَأَعْتقَها، وَإِنِ اشْتَرَطَ أَهْلُها الوَلاءَ، فَانَّما الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، البَيْعُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، ثُمَّ أَتَيْتُ ابْنَ شبرمةَ، فَأَخْبَرْتُهُ، فَقَالَ: لا أَدْرِي مَا قَالا لَكَ، حدَّثني مسعرُ بْنُ كدامٍ، عَنْ مُحارِبِ بْنِ دثارٍ، عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: بِعْتُ مِنَ النَّبيِّ ﷺ نَاقَةً، وَشَرَطَ لِي حمْلانَها، أَو ظَهْرَها إِلى المَدِينَةِ»، البَيْعُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ جَائِزٌ.

وَرَوى إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحاقَ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو ثَابِتٍ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ وَهْبٍ، قَالَ: أَخْبَرَنِي مَالِكٌ بِأَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهابٍ عَنْ رَجُلٍ خَطبَ عبْدَهُ وَلِيدَةَ قوم، وَاشْتَرطَ على عَبْدِه أَنَّ مَا وَلَدَتِ الأَمَةُ مِنْ وَلَدٍ، فَلَهُ شَطرُهُ، وَقَدْ أَعْطَاهَا العَبْدُ مَهْرَهَا فَقَالَ ابْنُ شِهابٍ: هَذا مِنَ الشَّرْطِ الَّذِي لا نرى لَهُ جَوازاً.

قَالَ: وَقَالَ ابْنُ شِهابٍ: أَخْبَرَنِي عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ أَنَّ عَائِشَةَ قَالَتْ، قَامَ رَسُولُ اللَّهِ

ﷺ فخَطَبَ النَّاسَ، فَقالَ: «مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطاً لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ شَرطَهُ مائَةَ مَرَّةٍ، شَرْطُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَأَوْثَق».

قَالَ أَبُو الحَسَنِ الدَّارَقُطنيُّ، انْفَرَدَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحَاقَ بِهَذَا الحَدِيثِ، عَنْ أَبِي ثَابِتٍ، عَنِ ابْنِ وَهْبٍ، عَنْ مَالِكٍ.

قال أبو عمر: وَأَمَّا قَولُهُ: كُلُّ شَرْطٍ، لَيسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَمَعْنَاهُ: كُلُّ شَرْطٍ لَيسَ فِي حُكْمِ اللَّهِ وَقَضَائِهِ مِنْ كِتَابِهِ، أو سُنَّةِ نَبِيِّهِ، فَهُوَ بَاطِلٌ.

قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٤] أَيْ حُكْمُ اللَّهِ وَقَضَائه فِيكُمْ.

وَفِيهِ إِجَازَةُ السّجع الحقِّ مِنَ القَولِ؛ لِقَولِهِ ﷺ: «كِتَابُ اللَّهَ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أوثَقُ، وَإِنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

وَهَذا تَفْسِيرُ قَولِهِ فِي سَجعِ الأَعْرَابيِّ: «أَسَجْعاً كَسَجْعِ الكُهَّانِ»[1]؛ لأَنَّ الكُهَّانَ يسْجعُونَ بِالبَاطِلِ؛ ليخرصُونَ، وَيرجمُونَ الغَيْبَ، وَيَحْكُمُونَ بِالظُّنُونِ.

وَكَذَلِكَ عَابَ سَجعَهُم، وَسَجعَ مَنْ أَشْبَهَ مَعْنى سَجْعِهِم، وَلِذَلِكَ عَابَ قَولَ الأَعْرَابِيِّ فِي مُعَارَضَةِ السُّنَّةِ بِقَولِهِ: كَيْفَ أَغْرمُ مَا لا أَكَلَ، وَلا شَرِبَ، وَلا اسْتَهَلَّ، وَمِثْلُ ذَلِكَ بطلَ؟ فَقالَ لَهُ: «أَسَجْعاً كَسَجْعِ الكُهَّانِ»؛ لأَنَّهُ كانَ سَجْعاً فِي بَاطِلٍ، اعْتِرَاضاً عَلى حُكْمِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

وَهَذَا يَدُلُّ عَلى أَنَّ السَّجْعَ كَلامٌ كَسَائِرِ الكَلامِ، فَحَسَنُهُ حَسَنٌ، وَقَبِيحُهُ قَبِيحٌ.

وَفِي قَولِهِ ﷺ: «إِنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» مَا يَنْفِي أَنْ يَكُونَ الوَلاءُ إِلى المُعْتِقِ، إِلا لِمَنْ أَعْتَقَ، فَيَنْبَغِي بِظَاهِرِ هَذا القَولِ أَنْ يَكُونَ الوَلاءُ لِلَّذِي يُسلمُ عَلى يَدَيْهِ، وَلِلْمُلْتَقِطِ.

---

(١) روي الحديث بلفظ: عن المغيرة بن شعبة قال: ضربت امرأة بعمود فسطاط وهي حبلى فقتلتها، قال: إحداهما لحيانية فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عصبة القاتلة وغرة لما في بطنها، فقال رجل من عصبة القاتلة: أنغرم دية من لا أكل ولا شرب ولا استهل؟ فمثل ذلك يطلّ، فقال رسول الله ﷺ: أسجع كسجع الأعراب؟
أخرجه مسلم في القسامة حديث ٣٧، ٣٨، وأبو داود في الديات باب ١٩ والنسائي في القسامة باب ٤٠، ٤١، وأحمد في المسند ٤/ ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٩.
وروي الحديث بلفظ: قال رسول الله ﷺ: أسجع الجاهلية وكهانتها. أخرجه أبو داود في الديات باب ١٩، والنسائي في القسامة باب ٤٠.

فَأَمَّا الَّذِي يُسلِمُ عَلى يَدَيْهِ رَجُلٌ، أو يُواليهِ؛ فقالَ مَالِكٌ: لا مِيرَاثَ لِلَّذِي أَسْلَمَ عَلى يَدَيْهِ، وَلا وَلاء لَهُ، وَمِيرَاثُ ذَلِكَ المُسْلِمِ إِذَا لَمْ يَدَعْ وَارِثاً لِجَماعَةِ المُسْلِمِينَ، وَهُوَ قَولُ [الشَّافِعِيِّ]، وَالثَّورِيِّ، وَابْنِ شبرمَةَ، وَالأَوْزَاعِيِّ.

وَحُجَّتُهم قَولُ النَّبِيِّ ﷺ: «إِنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» يَنفِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الوَلاءُ إِلى المُعْتقِ.

[وَهُوَ قَولُ أَحْمَدَ، وَدَاوُدَ].

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسفَ، وَمُحمدٌ: مَنْ أَسْلَمَ عَلى يَدَيْ رَجُلٍ، وَوَالاهُ، وَعَاقَدَهُ، ثُمَّ مَاتَ، وَلا وَارِثَ لَهُ، فَمِيرَاثُهُ لَهُ.

وَقَالَ اللَّيْثُ: مَنْ أَسْلَمَ عَلى يَدَيْ رَجُلٍ، فَقَدْ وَالاهُ، وَمِيرَاثُهُ لَهُ إِذَا لَمْ يَدَعْ وَارِثاً.

وَهُوَ قَولُ رَبِيعَةَ، وَيَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، إِلا أَنَّ يَحْيَى بْنَ سَعِيدٍ، قَالَ ذَلِكَ فِيمَنْ جَاءَ مِنْ أَرْضِ العَدُوِّ كَافِراً، فَأَسْلَمَ عَلى يَدِي رَجُلٍ مِنَ المُسْلِمِينَ أَنَّ لَهُ وَلاءَهُ.

قَالَ: وَأَمَّا مَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلى يَدَيْ رَجُلٍ مُسْلِمٍ، فَوَلاؤُهُ لِجَماعَةِ المُسْلِمِينَ، وَلَمْ يُفَرِّقْ رَبِيعَةُ، وَلا اللَّيْثُ بَيْنَ الذِّمِّيِّ، وَأَهْلِهِ.

وَحُجَّةُ مَنْ ذَهَبَ مَذْهَبَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَرَبِيعَةَ حَدِيثُ تَمِيم الداريِّ قَالَ: «سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ المُشْرِكِ يُسْلِمُ عَلى يَدَي المُسْلِمِ؟ فَقالَ: هُوَ أَولى النَّاسِ، وَأَحَقُّ النَّاسِ، وَأَوْلاهُم بِمَحْياهُ، وَمَماتِهِ»[1].

وَقضى بِهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ، وَقَدْ ذَكَرْنا الحَدِيثَ بِإِسْنَادِهِ فِي «التَّمْهِيدِ»، وَحَدَّثناهُ عَبْدُ الوَارِثِ، قَالَ: حدَّثنا قَاسِمٌ، قالَ: حدَّثني بَكْرٌ، قَالَ: حَدَّثني مُسددٌ، قَالَ: حدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ دَاوُدَ الخُرِيبي، عَنْ عَبْدِ العَزِيزِ بْنِ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ وَهْبٍ، عَنْ تَميمِ الدَّارِيِّ.

قال أبو عمر: وَحَدِيثُ الوَلاءِ لِمَنْ أَعْتَقَ أَصحُّ، وَسَنَذْكُرُ مِيرَاثَ اللَّقِيطِ، وَولاءَهُ فِي كِتَابِ الأَقْضيَةِ عِنْدَ ذِكْرِ حَدِيثِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ سُنَيْنِ بْنِ جميلَةَ ـ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجلَّ.

وَأَمَّا وَلاءُ السَّائِبَةِ، وَوَلاءُ المُسْلِمِ يعْتقُهُ النَّصْرانِيُّ، فَسَيَأْتِي القَولُ فِي ذَلِكَ فِي آخِرِ بَابٍ فِي هَذا الكِتَابِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

---

(١) أخرجه البخاري في الفرائض باب ٢٢، وأبو داود في الفرائض باب ١٣، والترمذي في الفرائض باب ٢٠، وابن ماجه في الفرائض باب ١٨، والدارمي في الفرائض باب ٣٤، وأحمد في المسند ٤/ ١٠٢، ١٠٣.

وَأَمَّا قَولُ مَالِكٍ فِي العَبْدِ يَبْتَاعُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ عَلى أَنَّهُ يُوالِي مَنْ شاءَ فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَجُوزُ؛ لأنَّ الوَلاء لِمَنْ أعْتَقَ بِقَولٍ صَحِيحٍ، يشْهدُ لَهُ قَولُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «إنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ»، وَنَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعِ الوَلاءِ وَهِبَتِهِ، وَاحْتِجاجُ مَالِكٍ بِذَلِكَ صَحِيحٌ حَسَنٌ جِدّاً، إلا أنَّها مَسْأَلَةٌ اخْتَلَفَ فِيها السَّلَفُ قَدِيماً، وَمَنْ بَعْدَهُم.

وَقَولُ الشَّافِعِيِّ فِيها كَقَولِ مَالِكٍ.

وَهُوَ قَولُ أحْمَدَ، وَدَاوُدَ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ أَنَّهُ جَعَلَ إسْلامَهُ عَلى يَدَيْهِ مُوالاةً، وَجَعَلَ لِمَنْ لا وَلاء عَلَيهِ أنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ.

وَهُوَ قَولُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، وَاللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ.

قَالَ مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ: قضى عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ فِي رَجُلٍ وَالى قَوماً أَنَّ مِيرَاثَهُ لَهُمْ، وَعقلَهُ عَلَيهم.

قَالَ الزُّهريُّ: إذَا لَم يُوالِ أحداً وَرِثَهُ المُسْلِمُونَ.

وَقَدْ رَوى حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ الزُّبيرِ، عَنِ القَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ أبي أمامةَ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ، قَالَ: «مَنْ أَسْلَمَ عَلى يَدَيْ رَجُلٍ، فَلَهُ وَلاؤُهُ».

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ، وَعَلِيٍّ، وَعُثْمانَ، وَابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُم أجَازُوا المُوَالاةَ، وَوَرَّثُوا بِها.

وَعَنْ عَطَاءٍ، وَالزّهريِّ، وَمَكْحُولٍ نَحْوَهُ.

وَرُوِيَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ: «أيُّما رَجُلٍ أَسْلَمَ عَلى يَدَيْ رَجُلٍ، فَعقَلَ عَنْهُ، وَرِثَهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ لَمْ يرِثْهُ».

وَقَالَتْ بِهِ طَائِفَةٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ: إِذَا وَالاهُ عَلى أَنْ يَعقلَ عَنْهُ، وَيرِثُهُ عقلَ عَنْهُ، وَوَرِثَهُ إِذَا لَمْ يُخلفْ وَارِثاً.

قَالُوا: وَلَهُ أَنْ ينْقلَ وَلاءَهُ عَنْهُ مَا لَمْ يعْقِلْ عَنْهُ، أو عَنْ أحَدٍ مِنْ صِغارِ وَلَدِهِ.

وَلِلْمُولي أنْ يبرأ مِنْ وَلائِهِ بِحَضْرَتِهِ مَا لَمْ يعقلْ عَنْهُ، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلى يَدَيْ رَجُلٍ، وَلَمْ يَعقلْ عَنْهُ، وَلَمْ يُوالِهِ، لَمْ يَرِثْهُ، وَلَمْ يَعقلْ عَنْهُ.

وَهُوَ قَولُ الحَكَمِ، وَحَمَّادٍ، وَإِبْرَاهِيمَ.

وَهَذا كُلُّهُ فِيمَنْ لا عصبةَ لَهُ، وَلا ذُو رَحِمٍ.

وَمِنْ هَذا البَابِ عتْقُ المَرْءِ عَنْ غَيرِهِ بِإِذْنِهِ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَقَدْ اخْتَلَفَ العُلَماءُ فِي ذَلِكَ.

فَالَّذِي ذَهَبَ إِلَيهِ مَالِكٌ فِي المَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِهِ عِنْدَ أَكْثَرِ أَصْحابِهِ أَنَّ الوَلاء عَنْهُ، سَواءَ كَانَ بِأَمْرِهِ، أو بِغَيرِ أَمْرِهِ.

وَقالَ أَشْهَبُ: الوَلاءُ لِلْمُعْتِقِ، وَسَواءٌ أَمَرَهُ بِذَلِكَ، أو لَمْ يَأْمُرْهُ.

وَهُوَ قَولُ اللَّيْثِ، وَالأَوْزَاعِيِّ.

وَحُجَّةُ مَالِكٍ حَدِيثُ ابْنِ شِهابٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي حَدِيثٍ ذَكَرَهُ: إِنَّ نَبِيَّ اللَّهِ أَيُّوبَ عَلَيهِ السَّلامُ، قَالَ فِي بَلائِهِ إِنَّ اللَّهَ تَعالى يَعْلَمُ أَنِّي كُنْتُ أَمُرُّ عَلى الرَّجُلَيْنِ يَتَنَازَعَانِ، وَيذْكُرانِ اللَّهَ تَعالى، فَأَرْجعُ إِلى بَيْتِي، فَأُكَفِّرُ عَنْهُما كَراهَةَ أَنْ يُذْكَرَ اللَّهُ تَعالى إِلا فِي حَقٍّ.

وَقَدْ رُوِيَ هَذا الحَدِيثُ عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ أَنَسٍ، وَقَدْ ذَكَرْنا ذَلِكَ كُلَّهُ بِالأَسَانِيدِ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَفِي هَذَا الحَدِيثِ دَلِيلٌ عَلى جَوَازِ عِتْقِ المَرْءِ عَنْ غَيْرِهِ؛ لأَنَّ الكَفَّارَةَ قَدْ تَكُونَ بِالعِتْقِ وَغيرِهِ، وَلَمْ يَبْلُغْنا أَنَّ شَرِيعَةَ أَيُّوبَ كَانَتْ بِخَلافِ شَرِيعَتِنَا، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُۖ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْۗ﴾ [الأنعام: ٩٠].

وَقَالَ الشَّافعيُّ: إِذا أَعْتَقْتَ عَبْدَكَ عَنْ رَجُلٍ حَيٍّ، أو مَيِّتٍ بِغَيرِ أَمْرِهِ، فَوَلاءُهُ لَكَ، وَإِنْ أَعْتَقْتَهُ عَنْهُ بِأَمْرِهِ بِعِوَضٍ، أو بِغَيرِ عِوَضٍ، فَولاؤُهُ لَهُ، وَيُجْزئُهُ بِمالٍ، وَبِغَيْرِ مَالٍ، وَسَواءٌ قَبِلَهُ المُعْتَقُ عَنْهُ، أو لَمْ يَقْبَلْهُ.

وَهُوَ قَولُ [أَحْمَدَ، وَدَاوُدَ.

وَقَالَ] أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ، وَالثَّورِيُّ، إِنْ قَالَ أَعْتِقْ عَنِّي عَبْدَكَ عَلى مَالٍ ذَكَرَهُ، فَالوَلاءُ لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ؛ لأَنَّهُ بَيْعٌ صَحِيحٌ، وَإِذَا قَالَ: أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّي بِغَيرِ مَالٍ، فَالوَلاءُ لِلْمُعْتِقِ؛ لأَنَّ الآمِرَ لَمْ يَمْلُكْ مِنْهُ شَيْئاً، وَهِيَ هِبَةٌ بَاطِلٌ؛ لأَنَّها لا يَصِحُّ فِيها القَبْضُ.

قال أبو عمر: الأَصْلُ فِي هَذا البَابِ قَولُهُ ﷺ: «الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» يَدْخُلُ فِيهِ الذَّكَرُ وَالأُنْثى، وَالوَاحِدَةُ، وَالجماعَةُ؛ لأَنَّهُ مَنْ يَصْلُحُ لَهُ كُلُّهُ، إِلا أَنَّ السَّفِيهَ الَّذِي لا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهِ خَارِجٌ مِنْ هَذِهِ الجُمْلَةِ، وَأَمَّا النِّساءُ، فَلَهُنَّ وَلاءُ مَنْ أَعْتَقْنَ، دُونَ مِيرَاثِ الوَلاءِ فِي غَيرِ ذَلِكَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذا المَعْنى مُجَوَّداً، وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

١١ ـ باب جر العبد الولاء إذا أعتق

١٤٩٢ ـ مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ؛ أَنَّ الزُّبَيْرَ بْنَ الْعَوَّامِ اشْتَرى عَبْداً

١٤٩٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢١، من كتاب العتق والولاء، باب ١١ (جر العبد الولاء إذا أعتق).

فَأَعْتَقَهُ، وَلِذَلِكَ الْعَبْدِ بَنُونَ مِن امْرَأَةٍ حُرَّةٍ، فَلَمَّا أَعْتَقَهُ الزُّبَيْرُ قَالَ: هُمْ مَوَالِيَّ، وَقَالَ مَوَالِي أُمِّهِمْ: بَلْ هُمْ مَوَالِينَا، فَاخْتَصَمُوا إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، فَقَضى عُثْمَانُ لِلزُّبَيْرِ بِوَلائِهِمْ.

١٤٩٣ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنْ عَبْدٍ لَهُ وَلَدٌ مِن امْرَأَةٍ حُرَّةٍ، لِمَنْ وَلاؤُهُمْ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: إِنْ مَاتَ أَبُوهُمْ، وَهُوَ عَبْدٌ لَمْ يُعْتَقْ، فَوَلاؤُهُمْ لِمَوَالِي أُمِّهِمْ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَثَلُ ذَلِكَ، وَلَدُ الْمُلاعَنَةِ مِنَ الْمَوَالِي، يُنْسَبُ إِلَى مَوَالِي أُمِّهِ، فَيَكُونُونَ هُمْ مَوَالِيَهُ، إِنْ مَاتَ وَرِثُوهُ، وَإِنْ جَرَّ جَرِيرَةً[1] عَقَلُوا عَنْهُ[2]، فَإِنِ اعْتَرَفَ بِهِ أَبُوهُ أُلْحِقَ بِهِ، وَصَارَ وَلاؤُهُ إِلَى مَوَالِي أَبِيهِ، وَكَانَ مِيرَاثُهُ لَهُمْ وَعَقْلُهُ عَلَيْهِمْ، وَيُجْلَدُ أَبُوهُ الْحَدَّ.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ الْمُلاعَنَةُ مِنَ الْعَرَبِ، إِذَا اعْتَرَفَ زَوْجُهَا، الَّذِي لاعَنَهَا، بِوَلَدِهَا، صَارَ بِمِثْلِ هَذِهِ الْمَنْزِلَةِ، إلا أَنَّ بَقِيَّةَ مِيرَاثِهِ، بَعْدَ مِيرَاثِ أُمِّهِ وَإِخْوَتِهِ لأُمِّهِ، لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ، مَا لَمْ يُلْحَقْ بِأَبِيهِ، وَإِنَّمَا وَرَّثَ وَلَدُ الْمُلاعَنَةِ، الْمُوَلاةَ، مَوَالِي أُمِّهِ، قَبْلَ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ أَبُوهُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ نَسَبٌ وَلا عَصَبَةٌ، فَلَمَّا ثَبَتَ نَسَبُهُ صَارَ إِلَى عَصَبَتِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ الْمُجْتَمعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي وَلَدِ الْعَبْدِ مِنَ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ، وَأَبُو الْعَبْدِ حُرٌّ: أَنَّ الْجَدَّ أَبَا الْعَبْدَ يَجُرُّ وَلاء وَلَدِ ابْنِهِ الأَحْرَارِ مِنِ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ، يَرِثُهُمْ مَا دَامَ أَبُوهُمْ عَبْداً، فَإِنْ عَتَقَ أَبُوهُمْ رَجَعَ الْوَلاءُ إِلَى مَوَالِيهِ، وَإِنْ مَاتَ وَهُوَ عَبْدٌ كَانَ الْمِيرَاثُ وَالوَلاءُ لِلْجَدِّ، وَإِنِ الْعَبْدُ كَانَ لَهُ ابْنَانِ حُرَّانِ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا، وَأَبُوهُ عَبْدٌ، جَرَّ الْجَدُّ، أَبُو الأَبِ، الولاء وَالْمِيرَاث.

قال أبو عمر: هَكَذَا رَوَاهُ يَحْيَى، وَابْنَ بكيرٍ، وَطَائِفَةٌ.

وَرَواهُ مُطرفٌ، وَأَبُو مُصْعبٍ، وَغَيرُهما عَنْ مَالِكٍ، بِأَبْيَنَ مِنْ هَذا، قَالا: «جَرَّ الجَدُّ الوَلاء، وَكَانَ المِيرَاثُ بَيْنَهُما»، وَهَذا صَحِيحٌ؛ لأَنَّهُ مِيرَاثُ مَال، لا مِيرَاثُ وَلاءٍ.

وَأَمَّا قَولُهُ: وَجَرَّ الجَدُّ الوَلاء إِلَى مَوَالِيهِ، فَمَعْلُومٌ أَنَّهُ يَجرُّهُ إِلَيْهِم إذا لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ يَحْجُبُهُ عَنْهُم.

١٤٩٣ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم بعد الحديث رقم ٢١، من الكتاب والباب السابقين.

(١) إن جرّ جريرة: ما يفعله الإنسان من ذنب.

(٢) عقلوا عنه: يقال: عقلت القتيل عقلاً: أي أديّت ديته، وعقلت عنه: أي غرمت عنه ما لزمه من دية وجناية.

قال أبو عمر: أَمَّا حَدِيثُ مَالِكٍ، عَنْ رَبِيعَةَ فِي قِصَّةِ الزُّبَيرِ، رَوَاهُ الثَّوريُّ، وَابْنُ جُريجٍ، عَنْ حميدٍ الأعَرجِ، عَنْ مُحمدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الحَارِثِ التيميِّ.

وَرَواهُ مَعمرٌ، وَالثَّوريُّ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبيهِ بِمعْنًى وَاحِدٍ أَنَّ الزُّبَيْرَ بْنَ العَوَّامِ اشْتَرى عَبْداً مَمْلُوكاً عِنْدَ رَافِعِ بْنِ خديجٍ، زَوَّجَهُ مَوْلاةً لَهُ مِنْهَا بَنُون فَلَمَّا اشْترى الزُّبيرُ العَبْدَ أَعْتَقَهُ، فَاخْتَصَمَا إِلى عُثْمانَ، فَقضى بِالوَلاءِ لِلزُّبَيرِ.

وَاخْتَلَف أَهْلُ العِلْمِ فِي انْتِقَالِ الوَلاءِ الَّذِي قَدْ ثَبتَ لِمَوَالي الأمَةِ المُعْتَقَةِ فِي بَنِيها مِنَ الزَّوجِ العَبْدِ إِنْ أُعْتِقَ بَعْدُ:

فَرُوِيَ عَنْ جَماعَةٍ مِنَ العُلماءِ أَنَّ وَلاءهُم لِمَوالي أُمِّهِم، لا يجرُّهُ الأَبُ إِنْ أَعْتقَ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ.

وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ: عَطاءٌ، وَعِكْرِمَةُ بْنُ خَالِدٍ، وَمُجاهِدٌ، وَابْنُ شِهابٍ، وَقَبيصةُ بْنُ ذُؤيبٍ.

وَقضى بِهِ عَبْدُ المَلكِ بْنُ مَرْوَانَ فِي آخِرِ خِلافَتِهِ لمَّا حَدَّثَ بِهِ قَبيصَةُ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ، وَكَانَ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ فِيهِ بِقَضاءِ مَرْوَانَ، أَنَّ الوَلاء يَعُودُ لِمَوالِي أَبِيهم إِنْ أَعْتقَ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزيزِ، وَمَيْمُونَ بْنِ مَرْوَانَ مِثْلُ ذَلِكَ.

وَرَوى مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، قَالَ: لا يَتحوَّلُ وَلاؤُهُمْ إِلى مَالِ أَبِيهم.

[قَالَ مَعمرٌ: وَبلَغَنِي عَنْ مَيْمُونِ بْنِ مهرانَ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ أَدّوا ذَلِكَ].

وَحَدَّثَنِي ابْنُ طَاوسٍ، عَنْ عكْرِمَةَ بْنِ خَالِدٍ مِثْلَ ذَلِكَ.

وَقَالَ مَالِكٌ، وَالأَوْزَاعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَسُفْيانُ الثَّوريُّ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحَاقُ، كُلُّهم، وَأَصْحَابُهم يَقُولُونَ: إِنَّ العَبْد إِذَا أُعْتِقَ جرَّ وَلاء وَلَدِهِ إِلى مَوَالِيهِ، وَانْتقلَ وَلاؤُهم عَنْ أُمِّهم، وَعَنْ مَوَالِيها.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، وَعُثْمانَ بْنِ عَفَّانَ، وَعَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، وَالزُّبيرِ بْنِ العَوَّامِ.

وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ، وَالحَسَنُ البَصْرِيُّ، وَمُحمدُ بْنُ سِيرِينَ، وَإِبْرَاهِيمُ النخعيُّ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ.

وَقضى بِهِ مَرْوَانُ عَنْ رَأْيِ أَهْلِ المَدِينَةِ.

وَمَا نظرَ بِهِ مَالِكٌ مِنْ وَلدِ المُلاعَنَةِ، فَتنظيرٌ صَحِيحٌ، وَقِيَاسٌ حَسَنٌ.

وَأمَّا قولُ مَالِكٍ: إنَّ الجدَّ أبَ العَبْدِ يجرُّ وَلاء وَلَدِ ابْنِهِ الأحْرَارِ مِنَ امْرَأةٍ حُرَّةٍ يرثُهُ مَا دَامَ أبُوهُم عَبْداً، فَإنْ أعتقَ أبُوهُم رَجعَ الوَلاءُ إلى مَوَالِيهِ. .، عَلى حَسبِ مَا ذَكَرَهُ مِنْ ذَلِكَ فِي هَذَا البَابِ.

وَقولُهُ: إنَّ الأمْرَ المُجْتَمعَ عَلَيهِ عِنْدَهُم، فَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ عِنْدَ بَعْضِ أصْحَابِهِ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنِ الشَّعْبِيِّ.

وَقالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَأبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ. [والثَّوريُّ]: لا يجرُّ الجَدُّ الوَلاء، قَالُوا فِي وَلَدِ العَبْدِ مِنَ امْرَأةٍ حُرَّةٍ: إذَا كَانَ العَبْدُ حَياً لَمْ يجرَّ الوَلاء.

وَحُجَّتُهم أنَّ وَلَدَ العَبْدِ لا يَكُونُ مُسْلِماً بِإسْلامِ جَدِّهِ، وَأنَّ أبَاهُ لَو لاعَنَ أمَةً لَمْ يستخلفْهُ الجرّ، فَكَذَلِكَ لا يلحقُ بِهِ وَلاؤُهُ.

قَالَ: وَمَعْلُومٌ أنَّ نَسَبَهُ إلى الجَدِّ إنَّما هُوَ بِأبِيهِ، فَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أنْ يَكُونَ وَلاؤُهُ لأبِيهِ، فَإذَا لَمْ يَثْبُتْ وَلاؤُهُ مِنْ جِهَةِ الأبِ لَمْ يَثْبُتْ مِنْ جِهَةِ الجَدِّ.

قَالَ مَالِكٌ[(١)]: فِي الأمَةِ تعْتَقُ وَهيَ حَامِلٌ، وَزَوْجُها مَمْلُوكٌ، ثُمَّ يَعْتِقَ زَوْجُها قَبْلَ أنْ تَضعَ حَمْلَهَا، أوْ بَعْدَ مَا تَضعُ: إنَّ وَلاء مَا كانَ فِي بَطْنِهَا لِلَّذِي أعْتقَ أمَّهُ؛ لأنَّ ذَلِكَ الْوَلَدَ قَدْ كَانَ أصَابَهُ الرِّقُّ، قَبْلَ أنْ تُعْتقَ أمُّهُ، وَلَيْسَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الَّذِي تَحْمِلُ بِهِ أمُّهُ بَعْدَ الْعَتَاقَةِ؛ لأنَّ الَّذِي تَحْمِلُ بِهِ أمُّهُ بَعْدَ الْعَتَاقَةِ، إذَا أُعْتِقَ أبُوهُ، جَرَّ وَلاءهُ.

قال أبو عمر: عَلى هَذا مَذْهَبُ الكُوفِيِّ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ، وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أنَّهُ لَو قَالَ لأمَتِهِ الحَامِلِ: مَا وَلَدْتِ، فَهُوَ حُرٌّ أنَّهُ تَلْحقُهُ الحُرِّيَّةُ إذَا وَلَدَتْهُ، وَيَلْزَمُهُ فِيهِ قَولُهُ، وَكَذَلِكَ إذَا أعْتَقَهَا حَامِلاً، فَوَلَدُها كَعُضْوٍ مِنها، فَكَذَلِكَ يَلْحَقُ العتْقُ مَا فِي بَطْنِها، فَكَيْفَ يجرُّ العَبْدُ إذَا أعْتقَ وَلاء مَنْ قَدْ ثَبتَ عَلَيهِ الوَلاءُ لِمُعْتقِهِ؟!

قَالَ مَالِكٌ[(٢)]: فِي الْعَبْدِ يَسْتأْذِن سَيِّدَهُ أنْ يُعْتِقَ عَبْداً لَهُ، فَيَأْذَنَ لَهُ سَيِّدُهُ: إنَّ وَلاء الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ، لِسَيِّدِ الْعَبْدِ، لا يَرْجِعُ وَلاؤُهُ لِسَيِّدِهِ الَّذِي أعْتَقَهُ، وَإنْ عَتقَ.

قال أبو عمر: يَتَّفِقُ فِي هَذِهِ المَسْألَةِ مَنْ قَالَ: إنَّ العَبْدَ يملكُ، وَمَنْ قَالَ: إنَّ العَبْدَ لا يملكُ شَيْئاً، وَعتقُ العَبْدِ بِإذْنِ سَيِّدِهِ عِنْدَ مَنْ لَمْ يملكْ عندهُ العَبْدُ شَيْئاً كعتْقِ الوَكِيلِ بِإذْنِ المُوكلِ، وَهُوَ فِي مَعْنى مَنْ وَكَّلَ رَجُلاً عَلى إنْكاحِهِ، أو طَلاقِهِ.

وَمَنْ قَالَ: إنَّ العَبْدَ لا يملكُ لا يُجيزُ لَهُ التَّصرُّفَ فِي مَا بِيَدِهِ إلا بِإذْنِهِ، فَإذَا أذنَ لَهُ فِيهِ كَانَ كَما وَصَفْنا، وَبِاللَّهِ تَوْفِيقُنا.

---

(١) الموطأ، ص٧٨٣.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

١٢ ـ باب ميراث الولاء

١٤٩٤ ـ مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ الْعَاصِيَ بْنَ هِشَامٍ هَلَكَ، وَتَرَكَ بَنِينَ لَهُ ثَلاثَةً، اثْنَانِ لأُمٍّ، وَرَجُلٌ لِعَلَّةٍ[1] فَهَلَكَ أَحَدُ اللَّذَيْنِ لأُمٍّ، وَتَرَكَ مَالا وَمَوَالِيَ، فَوَرِثَهُ أَخُوهُ لأَبِيهِ وَأُمِّهِ، مَالَهُ وَوَلاؤهُ مَوَالِيهِ، ثُمَّ هَلَكَ الَّذِي وَرِثَ الْمَالَ وَوَلاءِ الْمَوَالِي، وَتَرَكَ ابْنَهُ وَأَخَاهُ لأَبِيهِ، فَقَالَ ابْنُهُ: قَدْ أَحْرَزْتُ[2] مَا كَانَ أَبِي أَحْرَزَ مِنَ الْمَالِ وَوَلاءِ الْمَوَالِي، وَقَالَ أَخُوهُ: لَيْسَ كَذَلِكَ، إِنَّمَا أَحْرَزْتَ الْمَالَ، وَأَمَّا وَلاءُ الْمَوَالِي، فَلا، أَرَأَيْتَ لَوْ هَلَكَ أَخِي الْيَوْمَ أَلَسْتُ أَرِثُهُ أَنَا؟ فَاخْتَصَمَا إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، فَقَضَى لأَخِيهِ بِوَلاءِ الْمَوَالِي.

١٤٩٥ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ قَالَ، فِي رَجُلٍ هَلَكَ وَتَرَكَ بَنِينَ لَهُ، ثَلاثَةً، وَتَرَكَ مَوَالِيَ أَعْتَقَهُمْ هُوَ عَتَاقَةً، ثُمَّ إِنَّ الرَّجُلَيْنِ مِنْ بَنِيهِ هَلَكَا، وَتَرَكَا أَوْلاداً، فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: يَرِثُ الْمَوَالِيَ، الْبَاقِي مِنَ الثَّلاثَةِ، فَإِذَا هَلَكَ هُوَ، فَوَلَدُهُ وَوَلَدُ إِخْوَتِهِ فِي وَلاءِ الْمَوَالِي، شَرعٌ، سَوَاءٌ.

[**قال أبو عمر**: هَذَا المَعْنى هُوَ الَّذِي يُسَمِّيهِ العُلماءُ الوَلاء للكَبِيرِ.

وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، وَعُثْمانَ بْنِ عَفَّانَ، وَعَلِيِّ بْنِ أَبي طَالِبٍ، وَابْنِ مَسْعُودٍ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ـ رضي الله عنه.

قَالَ سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ، وَطَاوُسٌ، وَعَطاءٌ، وَابْنُ شِهابٍ، وَابْنُ سِيرِينَ، وَقَتادَةُ، وَأَبُو الزِّنادِ، وَرَبيعَةُ، وَسَائِرُ أَهْلِ المَدِينَةِ.

وَإِليهِ ذَهَبَ مَالِكٌ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُهم، وَالثَّورِيُّ، وَالأَوْزَاعِيُّ، وَاللَّيْثُ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحَاقُ، وَأَبُو عُبيدٍ، وَأَبُو ثَورٍ، كُلُّ هَؤُلاءِ يَقُولُ: إِنَّ الوَلاء للكبير.

وَمَعْنى أَنَّ يستحقَّهُ الأَقْرَبُ إِلى المُعْتَقِ أَبداً فِي حِينِ مَوْتِ المُولي عَلى مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَضاءِ عُثْمانَ، وَقَولِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ فِي هَذا البَابِ.

١٤٩٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٢، من كتاب العتق والولاء، باب ١٢ (ميراث الولاء).

(١) لعلّة: أي لامرأة أخرى، والجمع علات. إذا كان الأب واحداً والأمهات شتى، قيل مأخوذ من العلل: وهو الشرب بعد الشرب، لأن الأب لما تزوج امرأة بعد أخرى صار كأنه شرب مرة بعد أخرى.

(٢) أحرزت: أي ضممت ومكت.

١٤٩٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٤، من الكتاب والباب السابقين.

قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبلٍ: عَلى هَذا جُمْهورُ النَّاسِ.

وَرُوِيَ عَنِ الزُّبيرِ أَنَّهُ كَانَ يَقولُ: إِنَّ الوَلاءَ يُورَّثُ كَما يُورَّثُ المَالُ، وَأَنَّ مَنْ أَحْرَزَ مِنَ المَالِ شَيْئاً أَحْرزَ مِثْلَهُ مِنْ وَلاءِ المَوالِي، إِلا النِّسَاءَ.

وَبِهِ قَالَ شُريحٌ، وَطَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ البَصْرَةِ، قَدْ ذَكَرْنَا بَعْضَهُم عِنْدَ ذِكْرِ رَبِيعَةَ فِي بَابِ الخِيارِ مِنْ كِتَابِ الطَّلاقِ.

وَاخْتَلفُوا فِي السَّيِّدِ المُعْتِقِ إِذَا تَرَكَ أَبَاهُ، وَابْنَهُ، ثُمَّ مَاتَ المُولي المُعْتَقُ:

فَقَالَ إِبْرَاهِيمُ النخعيُّ، وَالأَوْزَاعِيُّ، وَعُبيدُ اللَّهِ بْنُ الحَسَنِ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ، وَأَبُو يُوسُفَ القَاضِي: لأَبِيهِ سُدُسُ الوَلاءِ، وَمَا بَقِيَ فَلابْنِهِ، فَإِنَّهُما فِي القُربِ مِنَ المَيِّتِ سَواءٌ، فَهُما فِيهِ كَهُما فِي مَالِ المَيِّتِ.

وَقَالَ عَطاءٌ، وَالزُّهريُّ، وَالحَسَنُ، وَالشَّعبيُّ، وَالحَكَمُ، وَحَمَّادٌ: المِيرَاثُ الَّذِي يَخلفُهُ المُعْتقُ كُلّهُ للابنِ دُونَ الأَبِ؛ لأَنَّ الابْنَ أَقْرَبُ العَصَباتِ.

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَالثَّوريُّ، وَقَتادَةُ، وَالزُّهريُّ، وَأَبُو قَتادَةَ، وَالشَّعبيُّ، وَمُحمدُ بْنُ الحَسَنِ.

وَهَاتَانِ المَسْأَلَتَانِ أَصْلانِ فِي بَابِهِمَا.

١٤٩٦ ـ مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ؛ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَبُوهُ: أَنَّهُ كَانَ جَالِساً عِنْدَ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ، فَاخْتَصَمَ إِلَيْهِ نَفَرٌ مِنْ جُهَيْنَةَ وَنَفَرٌ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ، وَكَانَتِ امْرَأَةٌ مِنْ جُهَيْنَةَ عِنْدَ رَجُلٍ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ، يُقَالُ لَهُ إِبْرَاهِيمُ بْنُ كُلَيْبٍ، فَمَاتَتِ الْمَرْأَةُ، وَتَرَكَتْ مَالاً وَمَوالِيَ، فَورِثَهَا ابْنُها وَزَوْجُهَا، ثُمَّ مَاتَ ابْنُهَا، فَقَالَ وَرَثَتُهُ: لَنَا وَلاءُ الْمَوَالِي، قَدْ كَانَ ابْنُها أَحْرَزَهُ، فَقَالَ الْجُهَنِيُّونَ: لَيْسَ كَذَلِكَ، إِنَّمَا هُمْ مَوَالِي صَاحِبَتِنَا فَإِذَا مَاتَ وَلَدُهَا فَلَنا وَلاؤُهُمْ، وَنَحْنُ نَرِثُهُمْ، فَقَضَى أَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ لِلْجُهَنِيِّينَ بِوَلاءِ الْمَوَالِي].

قال أبو عمر: هَذا أَيضاً مِنْ بَابِ الوَلاءِ لِكبيرِ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ أَهْلُ العِلْمِ فِي المَرْأَةِ تَعْتِقُ عَبْداً لَها، ثُمَّ تَموتُ، وَتخلفُ وَلَداً ذُكوراً، وَإِنَاثاً، وَعصبَةً لَها، ثُمَّ يَموتُ مَوْلاها الَّذِي أَعْتَقَتْهُ:

فَقَالَت طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ: مَالُ المولى المُتَوَفَّى لِعَصبتها دُونَ وَلَدِها؛ لأَنَّهُم الَّذِينَ يَعقلُونَ عَنها، [وَعَنْ مَوالِيها، فَكَما يعقلُونَ عَنها]، فَكَذلِكَ يرِثُونَ مَوالِيها.

١٤٩٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٣، من الكتاب والباب السابقين.

وَاحتَجُوا بِما رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ حِينَ خَاصَمَ الزُّبَيْرُ فِي مَوالِي صَفِيَّةَ أُمِّهِ.

وَرَوى عَلِيٌّ أَنَّهُ أَحَقُّ بِوَلائهم مِنَ الزُّبَيْرِ؛ لأنَّهُ عَصَبتُها، وَالزُّبيرُ ابْنُها.

وَخالَفَ فِي ذَلِكَ عَلِيّا عُمَرُ، فقضى بِوَلاءِ مَوالِي صَفِيَّةَ بِنْتِ عَبْدِ المطلب لابْنِها الزُّبيرِ ـ رَضِي اللَّهُ عَنهُم أجْمعِينَ، وَقضى بالعَقْلِ على عَصَبَتِهَا.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ الثَّوريِّ، عَنْ حمَّادٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ أَنَّ عَلِيًا، وَالزُّبَيْرَ اخْتَصَمَا فِي مَوَالِي صَفِيَّةَ، فَقضى عُمَرُ بِالعَقْلِ عَلى عَلِيٍّ، وَالمِيرَاثِ لِلزُّبَيرِ.

وَقالَ بِقَولِ عُمَرَ فِي ذَلِكَ الشَّعبيُّ، وَالزُّهريُّ، وَقَتَادَةُ.

وَإِلَيهِ ذَهَبَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، والثوريُّ، والأوزاعيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ.

ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِي وَلَدِ المَرْأَةِ إِذا مَاتُوا، وَانْقَرَضُوا، هَلْ يَرِثُ ذَلِكَ عَنْهُمْ عَصَبتُهم، أو يَنْصرفُ الوَلاءُ إِلى عَصبَةِ المَرْأَةِ:

كَانَ مَالِكٌ، وَسُفْيانُ يَقُولانِ بِمِثْلِ مَا قضى بِهِ أَبَانُ بْنُ عُثْمانَ فِي قِصَّةِ الجُهَنِيَّةِ لِعَصَبتِها الجُهَنِيِّنَ.

وَهُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابِهِ.

وَبِهِ قَال أَحْمَدُ، وَإِسْحَاقُ.

وَقَالَ الآخَرُونَ: الوَلاءُ قَدْ وَجَبَ لابْنِ المَرْأَةِ، فَلا يَعُودُ إِلى عَصَبتِها أبداً، ويَرِثُهُ عَن الابْنِ بَنُوهُ دُونَ عَصَبَةِ المَرْأَةِ؛ لأَنَّ الوَلاء قَدْ أَحْرَزَهُ الابْنُ، وَوَجَبَ لَهُ، فَلا يَنْتَقِلُ عَنهُ إِلا إِلى مَنْ يرِثُهُ مِنْ وَلَدٍ وَعَصَبَتِهِ.

رُوِيَ هَذا عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ.

وَقَالَتْ بِهِ طَائِفَةٌ، وَرَووا فِيهِ حَدِيثاً عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَا أَحْرَزَ الوَلَدُ، أو الوَالِدُ، فَهُوَ لِعَصَبتِهِ مَنْ كَانَ»[1].

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي الله عنه ـ مِثْلُ ذَلِكَ أَيضاً.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ الشَّعبيِّ قولٌ رَابعٌ فِي المَرْأَةِ تَمُوتُ، وَتَتْرُكُ مَوَالِيَ: أَنَّ المِيرَاثَ مِنْهُم لِوَلَدِها، وَالعَقْلُ عَلَيْهِم.

وَبِهِ كَانَ يَقْضِي ابْنُ أبي لَيْلى.

---

(١) أخرجه أبو داود في الفرائض باب ١٢، وابن ماجه في الفرائض باب ٧، وأحمد في المسند ١/ ٢٧.

قال أبو عمر: هَذا شُذُوذٌ فِي إِيجابِهِ العَقْلَ عَلى الابْنِ وَوَلَدِه عَصَبتُهُ، وَالجُمْهُورُ عَلى أَنَّ العَقْلَ عَلى عَصَبَتِها، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

١٣ ـ باب ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودي والنصراني

١٤٩٧ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ السَّائِبَةِ؟ قَالَ: يُوَالِي مَنْ شَاءَ، فَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يُوَالِ أَحداً، فَمِيرَاثُهُ لِلْمُسْلِمِينَ، وَعَقْلُهُ عَلَيْهِمْ.

[قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي السَّائِبَةِ أَنَّهُ لا يُوَالِي أَحداً، وَأَنَّ مِيرَاثَهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَعَقْلَهُ عَلَيْهِمْ].

قال أبو عمر: قَوْلُهُ: «أَحْسَنَ مَا سَمِعْتُ»، أَنَّهُ يَدُلُّكَ عَلى مَا سَمِعَ فِي مِيرَاثِ السَّائِبَةِ، غَيرَ مَا اسْتَحْسَنَهُ، وَذَهَبَ إِلَيهِ.

وَالَّذِي ذَهَبَ إِليهِ فِي السَّائِبَةِ قَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، وعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، إِلا أَنَّ ما رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ لَيسَ بِالبَيِّنِ؛ لأَنَّهُ إِنَّما رُوِيَ عَنْهُ السَّائِبَةُ لِيَومِها.

فَمَنْ ذَهَبَ مَذْهَبَ مَالِكٍ قَالَ: أَيْ لا تَعُودُ فِي شَيْءٍ مِنْها.

وَأَمَّا عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ، فَقالَ: مِيرَاثُهُ لِلْمُسْلِمِينَ، وَعقْلُهُ عَلَيهم.

وَكَانَ ابْنُ شِهابٍ، وَيَحيى بْنُ سَعِيدٍ، وَطَائِفَةٌ يَرَوْنَ لِلسَّائِبَةِ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ، فَإِنْ وَالى مَنْ شَاءَ أَحداً كَانَ مِيرَاثُهُ لَهُ، وَعَقْلُهُ عَلَيهِ، فَإِنْ لَمْ يُوَالِ أَحَداً كَانَ مِيرَاثُهُ وَعَقْلُهُ عَلى جَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ.

وَبِهِ قَالَ الأَوْزَاعِيُّ، وَاللَّيْثُ.

وَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ يَقُولُ: السَّائِبَةُ يَضَعُ مَالَهُ حَيْثُ شَاءَ.

رَواهُ الثَّوريُّ، عَنْ سَلمةَ بْنِ كهَيْلٍ، عَنْ أَبِي عمرٍو الشَّيْبَانِيِّ، عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ.

وَكَانَ الشَّعبيُّ، وَإِبْرَاهِيمُ يَقُولانِ: لا بَأْسَ بِبيعِ وَلاءِ السَّائِبَةِ وَهِبَتِهِ.

وَقَدْ كَرِهَ ابْنُ عُمَرَ أَنْ يَأْخُذَ مَالَ مَولى أَعْتَقَهُ سَائِبَةً، وَأَمَرَ بِهِ، فاشْتُرِيَ بِهِ رِقابٌ، وَأَعْتَقَها.

وَالنَّظَرُ يَشْهَدُ لَهُ، لَوْ لَمْ ترَ المَالَ لَهُ مَا فضلَ ذَلِكَ فِيهِ.

١٤٩٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٥، من كتاب العتق والولاء، باب ١٣ (ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودي والنصراني).

وَقالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأصْحَابُهما، وَأحْمَدُ، وَإِسْحاقُ، وَأَبُو ثَورٍ، وَدَاوُدُ: وَلاءُ السَّائِبَةِ لِمُعْتِقِهِ، لا لأحَدٍ غَيْرِهِ، وَلَيسَ لَهُ أنْ يُوَالِيَ أَحَداً.

وَحُجَّتُهم قَولُهُ ﷺ: «إِنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، وَنَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيعِ الوَلاءِ، وعَنْ هِبَتِهِ[1].

وَقَالَ ﷺ: «الوَلاءُ كَالنَّسَبِ، لا يُباعُ، وَلا يُوهَبُ».

وَرَوى أبُو قَيسٍ ـ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ ثروانَ، عَنْ هزَيلِ بْنِ شُرَحْبِيلَ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، فَقالَ: إِنِّي أعْتَقْتُ غُلاماً لِي سَائِبَةً، فَماتَ، وَتَرَكَ مَالاً، فَقالَ عَبْدُ اللَّهِ: إِنَّ أهْلَ الإِسْلامِ لا يُسَيِّبُونَ، إِنَّما كَانَت تُسيبُ الجَاهِلِيَّةُ، أَنْتَ وَارِثُهُ وَوَلِيُّ نعْمَتِهِ[2].

وَرَوى يَحْيَى بْنُ يَحيى عَنْ عُمَرَ بن نَافع، قالَ: لَسْتُ آخُذُ بِقَولِ مَالِكٍ فِيمَنْ أَعْتَقَ سَائِبَةً، وَأَقُولُ: وَلاؤُهُ لَهُ، وَلا سَائِبَةَ عِنْدَنَا اليَومَ فِي الإِسْلامِ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهذا فِي مِيرَاثِ السَّائِبَةِ: الحَسَنُ، وَابْنُ سِيرِينَ، وَالشَّعبيُّ، وَالنَّخعيُّ، وَرَاشِدُ بْنُ سَعْدٍ، وَضمرةُ بْنُ حبيبٍ.

قَالَ مَالِكٌ[3]: فِي اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ يُسْلِمُ عَبْدُ أَحَدِهِمَا فَيُعْتِقُهُ قَبْلَ أنْ يُبَاعَ عَلَيْهِ: إِنَّ وَلاء العَبْدِ الْمُعْتَقِ لِلْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ أَسْلَمَ الْيَهُودِيُّ أَوِ النَّصْرَانِيُّ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ الْوَلاءُ أَبَداً، قَالَ: وَلَكِنْ إِذَا أَعْتَقَ الْيَهُودِيُّ أَوِ النَّصْرَانِيُّ عَبْداً عَلَى دِينِهِمَا، ثُمَّ أَسْلَمَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ الْيَهُودِيُّ أَوِ النَّصْرَانِيُّ الَّذِي أَعتَقَهُ، ثُمَّ أَسْلَمَ الَّذِي أَعْتَقَهُ، رَجَعَ إِلَيْهِ الْوَلاءُ؛ لأَنَّهُ قَدْ كَانَ ثَبَتَ لَهُ الْوَلاءُ يَوْمَ أَعْتَقَهُ.

قَالَ مَالِكٌ[4]: وَإِنْ كَانَ لِلْيَهُودِيِّ أَوِ النَّصْرَانِيِّ وَلَدٌ مُسْلِمٌ، وَرِثَ مَوَالِيَ أَبِيهِ الْيَهُودِيِّ أَوِ النَّصْرَانِيِّ، إِذَا أَسْلَمَ الْمولَى الْمُعْتَقُ، قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ الَّذِي أَعْتَقَهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ، حِينَ أُعْتِقَ، مُسْلِماً، لَمْ يَكُنْ لِوَلَدِ النَّصْرَانِيِّ أَوِ الْيَهُودِيِّ أَوِ الْمُسْلِمِيْنِ، مِنْ وَلاءِ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ شَيْءٌ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَلا لِلنَّصْرَانِيِّ وَلاءٌ، فَوَلاءُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ.

قال أبو عمر: عَلى مَا رَوَاهُ مَالِكٌ، وَذَهَبَ إِليهِ فِي النَّصْرَانِيِّ يعْتِقُ عَبْدَهُ إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ أَنْ يُبَاعَ عَلَيهِ جَمَاعَةُ أَصْحَابِهِ.

---

(١) أخرجه الدارمي في الفرائض باب ٥٣، بلفظ: الولاء لحمة كلحمة النسب.
(٢) أخرجه البخاري في الفرائض باب ٢٠.
(٣) الموطأ، ص٧٨٥. (٤) الموطأ، ص٧٨٦.

وَأَمَّا جُمْهُورُ العُلماءِ فَمَذْهَبُهم أَنَّ وَلاءَ العَبْدِ المُسْلِمِ إذا أَعْتَقَهُ النَّصرانيُّ لِسَيِّدِهِ النَّصْرانيِّ؛ لأنَّ الوَلاءَ نَسَبٌ مِنَ الأنْسَابِ، لا يُباعُ، وَلا يُوهَبُ، وَلَكِنَّهُ لَيسَ يَرِثُهُ إنْ مَاتَ؛ لاخْتِلافِ الدِّينَيْنِ، كَما لا يَرِثُ الأبُ ابْنَهُ، وَلا الابْنُ أَباهُ، لَو أَسْلَمَ أَحَدُهما، والآخَرُ كَافِرٌ؛ لِقَولِهِ ﷺ: «لا يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ، وَلا الكَافِرُ المُسْلِمَ»[1] فَإِنْ أَسْلَمَ الآخَرُ بَعْدَ إِسْلامِ الأَوَّلِ مِنْهما وَرِثَهُ، فَكَذَلِكَ الوَلاءُ إِذَا أَعْتَقَ كَافِرٌ مُسْلِماً، لَمْ يَرِثْهُ إِلا أَنْ يُسْلِمَ، فَإِنْ أَسْلَمَ وَرِثَهُ.

هَذا قَولُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ، وَأَصْحابِهما، وَالثَّورِيِّ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحاقَ، وَأَبي ثَورٍ وَبِهِ أَقُولُ.

وَقَدْ أَجْمَعَ المُسْلِمُونَ عَلى أن عتقَ النَّصْرانِيِّ، أو اليَهُودِيِّ لِعَبْدِهِ المُسْلِمِ صَحِيحٌ، نَافِذٌ جَائِزٌ عَلَيهِ.

وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ إِذا أَسْلَمَ عَبْدُ الكَافِرِ، فَبِيعَ عَلَيهِ أَنَّ ثَمَنَهُ يَدْفَعُ إِلَيهِ، فَدَلَّ عَلى أَنَّهُ عَلى مِلْكِهِ بِيعَ، وَعَلى مِلْكِهِ ثَبتَ العِتْقُ لَهُ، إلا أَنَّ مِلْكَهُ غَيرُ مُسْتَقِرٍّ لِوُجُوبِ بَيْعِهِ عَلَيْهِ، فَذَلِكَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ؛ لِقَولِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] يُريدُ الاسْتِرْقَاقَ وَالملكَ، وَالعبُودِيَّةَ مِلْكاً مسْتَقِرّاً؛ لأَنَّهُ إِذَا فَطِنَ لِمِلْكِهِ لَهُ بِيعَ عَلَيهِ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي شِرَاءِ الكَافِرِ العَبْدَ المُسْلِمَ عَلى قَولَيْنِ:

أَحَدهما: أَنَّ البَيْعَ مَفْسُوخٌ.

وَالثَّاني: أَنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ، وَيُباعُ عَلى المُشْتَرِي، وَيَأْتِي فِي كِتَابِ البُيُوعِ ـ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي الذِّميِّ يعْتقُ الذِّمِّيَّ، ثُمَّ يُسْلِمُ أَحَدُهما قَبْلَ صَاحِبِهِ، ثُمَّ يُسْلِمُ الآخَرُ أَنَّهُ يَرِثُ مِنْهُما السَّيد مَوْلاهُ الَّذِي أَنْعَمَ بِالعِتْقِ عَلَيهِ، فَإِنْ لَمْ يُسْلِمْ المُعْتِقُ، وَكَانَ لَهُ وَلَدٌ مُسْلِمٌ وَرِثَهُ الابْنُ المُسْلِمُ، وعُدَّ أَبُوهُ كَالميتِ فِي المِيرَاثِ مَا دَامَ كَافِراً كَما رَسَمَهُ مَالِكٌ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَلَو أَنَّ الحربيَّ يعْتقُ عَبْدَهُ عَلى دِينِهِ، ثُمَّ يَخرجانِ إِلَينا مُسْلِمَيْنِ، فَإِنَّ مَالِكاً قَالَ: هُوَ مَوْلاهُ يَرِثُهُ.

---

(١) أخرجه البخاري في الحج باب ٤٤، والمغازي باب ٤٨، والفرائض باب ٢٦، ومسلم في الفرائض حديث ١، وأبو داود في الفرائض باب ١٠، والترمذي في الفرائض باب ١٥، وابن ماجه في الفرائض باب ٦، والدارمي في الفرائض باب ٢٩، ومالك في الفرائض حديث ١٠، وأحمد في المسند ٢/ ٢٠٠، ٢٠٨.

وَهُوَ قِيَاسٌ قَولِ الشَّافِعِيِّ، وَاسْتَحْسَنَهُ أَبُو يُوسُفَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا أَعْتَقَ الحَرْبِيُّ عَبْدَهُ فِي دَارِ الحَرْبِ، ثُمَّ خَرَجَا إِلَينا مُسْلِمَيْنِ، فَلِلْعَبْدِ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ، وَلا يَكُونُ وَلاؤُهُ لِلْمُعْتِقِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: إِذَا خَرجَ العَبْدُ المُعْتَقُ إِلينَا مُسْلِماً، ثُمَّ خَرجَ سَيِّدُهُ مِسْلِماً، عَادَ إِليهِ الوَلاءُ.

وَقالَ أَشْهَبُ: لا يَعُودُ إِليهِ الوَلاءُ أَبداً؛ لأَنَّهُ لَمَّا خَرجَ مُسْلِماً قَبْلَ سَيِّدِهِ ثَبتَ وَلاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ.

رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبِيداً خَرَجُوا إِلَيهِ مِنَ الطَّائِفِ مُسْلِمِينَ، ثُمَّ أَسْلَمَ سَادَتُهم، فَلَمْ يَرْجِعْ إِلَيهم وَلاؤُهُم[1].

وَهَؤُلاءِ لَمْ يَكُنْ وَاحِدٌ مِنْهُم أَعْتَقَ قَبْلَ الخُرُوجِ، وَإِنَّما مَلكُوا أَنْفُسَهُم بِخُرُوجِهم كَما كَانَ يملكُهم المُسْلِمُونَ لَو سَبوهُمْ، وَأَخَذُوهم عَنْوَةً، فَلَيسَ بِخُرُوجِهم فَليسَ لَهُمْ فِي هَذا الحَدِيثِ حُجَّةٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَهُوَ المُسْتعانُ.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه في كتاب الجهاد.

٣٩

كتاب المكاتب[1]

١ ـ باب القضاء في المكاتب

١٤٩٨ ـ مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ؛ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ.

١٤٩٩ ـ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ؛ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ، وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ، كانَا يَقُولانِ: الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتابَتِهِ شَيْءٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ رَأْيِي.

قال أبو عمر: عَلى هَذا رَأْيُ جَماعَةِ فُقهاءِ الأمْصَارِ، أنَّ المُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ، إلا أَنَّ بَعْضَهُمْ يَقُولُ: لا يَكُونُ حُرّاً بِأَدَاءِ كِتَابَتِهِ، إلا أَنْ يَكُونَ فِي عَقْدِ كِتَابَتِهِ: فَإِذَا أَدَّيْتَ ذَلِكَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، يشترطُ ذَلِكَ فِيهِ عَلى نَفْسِهِ فِي عَقْدِ الكِتَابَةِ. هَذا قَولُ الشَّافِعِيِّ.

وَعِنْدَ مَالِكٍ، وَأَبِي حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابِهِما: لا يَضُرُّ المُكَاتَبَ أَنْ لا يَقُولَ لَهُ مَوْلاهُ فِي حَينِ كِتَابَتِهِ إِيَّاهُ: إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ جَمِيعَ كِتَابَتِكَ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَيعْتَقُ إِذَا أَدَّى ذَلِكَ إِلَيهِ.

قال أبو عمر: قَوْلُهما: لَكانَ عَبْداً مَا بَقِيَ عَلَيهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ دَلِيلٌ عَلى أَنَّهُ حُرٌّ إِذَا لَمْ يَبْقَ عَلَيهِ شَيْءٌ.

---

(١) المكاتب: بفتح التاء، من تقع عليه الكتابة، وبكسر التاء، من تقع منه، والكاف تفتح وتكسر، قال الراغب: اشتقاقها من «كتب» بمعنى: أوجب، ومنه قوله تعالى: **﴿كتب عليكم الصيام﴾** [البقرة: ١٨٣]، **﴿إن الصلاة كان على المؤمنين كتاباً موقوتاً﴾** [النساء: ١٠٣].

أو بمعنى جمع وضم، ومنه كتب على الخط، فعلى الأول تكون مأخوذة في معنى الالتزام، ومن الثاني مأخوذة من الخط لوجوده عند عقدها غالباً.

١٤٩٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ١، من كتاب المكاتب، باب ١ (القضاء في المكاتب)، وقد أخرجه مرفوعاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ، أبو داود في العتق، باب ١ (في المكاتب)، وابن ماجه في العتق باب ٣ (المكاتب).

١٤٩٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢، من الكتاب والباب السابقين.

فَأَمَّا السَّلَفُ قَبْلَهُم فَقَدْ رُوِيَ عَنْهُم فِي ذَلِكَ اخْتِلاف كَثِير مِنْهُ:

أَنَّ المُكَاتَبَ إِنْ أعقدَتْ لَهُ الكِتَابَةُ، فَهُوَ غَرِيمٌ مِنَ الغُرَمَاءِ، لا يَرْجِعُ إِلى الرِّقِّ أبداً؛ لأَنَّهُ قَدِ ابْتَاعَ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ إِلى أَجَلٍ مَعْلُومٍ.

وَهَذا قَولٌ تُرَدِّدهُ السُّنَّةُ الثَّابِتَةُ فِي قِصَّةِ بَرِيرَةَ، مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ وَغَيرِها، أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ تَسْتَعِينُها فِي كِتَابَتِها، وَلَمْ تَكُنْ قَضَتْ مِنْ كِتَابَتِها شَيْئاً[١].

هَكَذا رَوَاهُ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ: أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ تَسْتَعِينُها فِي كِتَابَتِها، وَلَمْ تَكُنْ قَضَتْ مِنْ كِتَابَتِها شَيْئاً.

ورَواهُ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ هِشَام بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أبيهِ، عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّها قَالَتْ: «جَاءَتْنِي بَرِيرَةُ، فَقَالَتْ: إِنِّي كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلى تِسْعِ أَوَاقٍ، فِي كُلِّ عَام أوقيَّةٌ، فَأَعِينِينِي، فَقَالَتْ عَائِشَةُ؛ إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ أَعُدَّها لَهُمْ، وَيَكُونُ وَلاؤُكِ لِي فَعَلْتُ».

وَفِي حَدِيثِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ، عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: «إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ أصبَّ لَهُم ثَمنَكِ صبَّةً وَاحِدَةً، وَأَعْتقُكِ فَعَلْتُ».

فَهَذَا يَدُلُّ وَيُبَيِّنُ أَنَّ المُكَاتَبَ عَبْدٌ جَائِزٌ بَيْعُهُ لِلْعَتَاقَةِ إِذَا عُقِدَتْ كِتَابَتُهُ، وَلَمْ يُؤَدِّ مِنْها شَيْئاً، وَأَنَّهُ لَو كَانَ يعْقدُ كِتَابَتَهُ حُرّاً غَرِيماً مِنَ الغُرماءِ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ عِنْدَ أكثر العُلماءِ.

وَسَنَذْكُرُ اخْتِلافَهُم فِي جَوَازَ بَيْعِ المُكَاتَبِ لِلْعتقِ قَبْلَ أَنْ يعْجزَ، وَبعْدَ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

فَهَذَا وَجْهٌ وَاحِدٌ مِنْ وُجُوهِ اخْتِلافِ السَّلَفِ فِي حُكْمِ المُكَاتَبِ، وَقَولٌ مِنْ أَقْوَالِهِمْ.

وَقَولٌ ثَانٍ: أَنَّهُ إِذَا عجزَ يعْتقُ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى [ويُورثُ وَيرِثُ، وَيُؤَدِّي بِقَدْرِ مَا أَدَّى مِنَ الكِتَابَةِ].

رُوِيَ هَذا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، وَعَنْ عَلِيٍّ - رضي الله عنه.

وَهُوَ حَدِيثٌ يَرْوِيهِ يَحْيَى بْنُ أَبِي كثيرٍ، عَنْ عكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قالَ: «يُؤَدِّي المُكَاتَبُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى دِيَةَ حُرٍّ، وَبِقَدْرِ مَا رقَّ مِنْهُ ديَةَ عَبْدٍ»[٢].

هَكَذا رَوَاهُ مُسْنَداً مُتَّصِلاً عَنْ يَحيى بْنِ أَبِي كثيرٍ هِشَامٌ الدسْتوائِيُّ، وَعُمَرُ بْنُ رَاشِدٍ، وَمُعَاوِيَةُ بْنُ سلامٍ، وَغَيرُهُم.

---

(١) تقدم الحديث، انظر الباب ١٠ (مصير الولاء لمن أعتق) من كتاب العتق والولاء. حديث رقم ١٧، من الموطأ، وحديث رقم ١٤٨٨، من كتاب الاستذكار.

(٢) أخرجه أبو داود في الديات باب ٢٠، والنسائي في القسامة باب ٣٨، وأحمد في المسند ١/ ٣٦٣.

قال أبو عمر: حَدَّثناهُ سَعِيدٌ، وَعَبْدُ الوَارِثِ، قالا: حدَّثني قاسمٌ، قالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ وَضَّاحٍ، قالَ: حدثَّني أَبُو بَكْرِ بْنُ أبي شَيْبَةَ، قالَ: حدَّثني إِسْمَاعِيلُ ابْنُ عُلَيَّةَ، عَنْ هِشَامٍ الدستوائيُّ، عَنْ يَحْيى بْنِ أَبِي كثيرٍ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النبيِّ ﷺ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النبيِّ ﷺ.

رَوى حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ، عَنْ أَيُوبَ، عَنْ عكْرِمَةَ، أنَّ مُكَاتَباً قُتِلَ على عَهْدِ النَّبيِّ ﷺ، وَقَدْ أَدَّى بَعْضَ كِتَابتِهِ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُؤَدِّيَ بِما أَدَّى مِنْ كِتَابَتِهِ دِيَة حُرٍّ، وَمَا بَقِيَ دِيَةُ مَمْلُوكٍ»[1]، لَمْ يُذْكَرْ فِيهِ ابْنُ عَبَّاسٍ].

وَأَمَّا الرِّوَايَةُ بِذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ـ رضي الله عنه ـ، فَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، وَوَكِيعٌ، عَنْ سُفْيَانَ الثَّورِيِّ، عَنْ طَارِقِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنِ الشَّعبيِّ، عَنْ عَلِيٍّ، قَالَ: يَعْتَقُ المُكاتَبُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى.

[وَمَعمرٌ، عَنْ قَتادَةَ أَنَّ عَلِيًا قَالَ فِي المُكَاتَبِ: يُورثُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى، وَيُجْلَدُ الحَدَّ بِقَدْرِ مَا أَدَّى، وَيعْتقُ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى، وَتكُونُ دِيَتُهُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى[2].

وَأَيُّوبُ، عَنْ عِكْرِمَةَ أنَّ عَلِيًا، قَالَ: المُكَاتَبُ يعْتقُ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى.

فَإِنْ قِيلَ: إِنَّ قَتادَةَ، عَنْ خلاسٍ عَنْ عَلِيٍّ، وَالحجَّاج بْن أَرْطَأَة، عَنْ حصينٍ، عَنِ الشَّعبيِّ، عَنِ الحَارِثِ، عَنْ عَلِيٍّ، قَالَ: إِذَا عجزَ المُكاتبُ، يَسْتَسْعى حَوْلَيْنِ، وَاسْتَوفى بِهِ حَوْلَيْنِ، فَإِنْ دَخَلَ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، وَلم يُؤَدِّ نُجومَهُ ردَّ فِي الرِّقِّ قَبْلَ هَذَا.

يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ المُكَاتَبُ لَمْ يَكُنْ أَدَّى مِنْ نَجومِهِ شَيْئاً، فَاسْتَوفى بِهِ مَا ذكرَ، فَلَمَّا لَمْ يُؤَدِّ شَيْئاً مِنْ نُجومِه رُدَّ فِي الرِّقِّ.

وَيشْهَدُ لِهَذَا حَدِيثُ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ تَسْتَعِينُ عَائِشَةَ فِي كِتَابَتِها، وَلَمْ تَكُنْ قَضَتْ مِنْ مُكَاتَبَتِها شَيْئاً].

وَقولٌ ثَالِثٌ: أَنَّهُ إِذَا أَدَّى شطْرَ كِتَابَتِهِ، فَهُو غَرِيمٌ مِنَ الغُرماءِ، لا يرْجعُ إِلى الرِّقِّ أبداً.

رَوى مَعمرٌ، عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنِ القَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ، عَنْ جَابِرِ بْنِ سَمُرَةَ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ ـ رضي الله عنه ـ قَالَ: إِذَا أَدَّى المُكَاتَبُ الشَّطْرَ، فَلا رِقَّ عَلَيهِ.

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات باب ٢٠، والنسائي في القسامة باب ٣٩، والترمذي في البيوع باب ٣٥، بلفظ: يؤدي المكاتب بحصة ما أدّى، دية حر، وما بغي دية عبدٍ.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

وَقالَ ابْنُ جريج: سَمِعْتُ ابْنَ أَبِي مليكَةَ يَقُولُ: كَتَبَ عَبْدُ المَلكِ بْنِ مَرْوَانَ إذا قَضى المُكَاتَبُ شَطرَ كِتابَتِهِ، فَهُوَ غَرِيمٌ مِنَ الغُرَماءِ.

وَرَوى وَكِيعٌ، عَنِ المَسْعُودِيِّ، عَنْ جَابِرِ، عَنِ القَاسِمِ، قَالَ: قَالَ عُمَرُ: [إذَا أَدَّى المُكَاتَبُ النِّصْفَ، فَلا رَدَّ عَلَيهِ فِي الرِّقِّ.

وَقَولٌ رابِعٌ: إِذَا أَدَّى الثُّلُثَ فَهُو غَرِيمٌ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، وَوَكِيعٌ، عَنِ الشَّعبيِّ، عَنْ جَابِرِ، أَنَّ ابْنَ مَسْعُودِ، وَشُرَيْحاً كَانَا يَقُولانِ: إِذَا أَدَّى الثُّلُثَ، فَهُوَ غَرِيمٌ.

وَالثَّورِيُّ، عَنْ طَارِقٍ، عَنِ الشَّعْبِيِّ، قَالَ: قَالَ ابْنُ مَسْعُودِ: إذا أَدَّى الثُّلُث، فَهُوَ غَرِيمٌ.

وَقَولٌ خَامِسٌ: إذا أَدَّى الثَّلاثَةَ الأَرْبَاعِ، وَبَقِي الرُّبُعُ فَهُوَ غَرِيمٌ.

قَالَ ابْنُ جُرِيجٍ: قُلْتُ لِعَطاءٍ: مَا الَّذِي إِذَا بَلَغَهُ المُكَاتَبُ مِنَ القَضَاءِ فِي كِتَابَتِهِ، ثُمَّ عَجزَ، لَمْ يَعُدْ عَبْداً؛ قَالَ مَا أَعْلَمُهُ، وَلا سَمِعْتُ فِيهِ شَيْئاً، قُلْتُ لِعَطاءِ: فَما ترى إِنْ بَقِيَ الثُّلُثُ؟ قَالَ: فَقُلْتُ الرُّبُعُ، قَالَ: نَعَمْ، أرى إِذَنْ أَنْ لا يَعُودَ].

وَقَولٌ سَادِسٌ: إِنَّ المُكَاتَبَ إِذَا أَدَّى قِيمَتَهُ، فَهُوَ غَرِيمٌ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[1]، عَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي خَالِدٍ، عَنِ الشَّعبيِّ، أَنَّ شُرِيحاً كَانَ يَقُولُ: إِذَا أَدَّى المُكَاتَبُ قِيمَتَهُ، فَهُو غَرِيمٌ.

قَالَ الشَّعبيُّ: وَكانَ يَقُولُ فِيهِ بِقَولِ ابْنِ مَسْعُودِ.

وَعَنِ الثَّورِيِّ، عَنْ جَابِرِ، عَنِ الشَّعبيِّ أَنَّ ابْنَ مَسْعُودِ، وَشُرِيحاً كَانَا يَقُولانِ: إِذَا أَدَّى الثُلُثَ، فَهُوَ غَرِيمٌ.

قَالَ الثَّورِيُّ: وَأَمَّا مُغِيرَةُ، فَأَخْبَرَنِي عَنْ إِبْرَاهِيمَ أَنَّ ابْنَ مَسْعُودِ، قَالَ: إِذَا أَدَّى ثَمنَهُ، فَهُوَ غَرِيمٌ.

قال أبو عمر: اخْتُلِفَ عَنه ابْنِ مَسْعُودِ فِيهِ مِنْ رِوَايَةِ الشَّعْبِيِّ، وَرِوَايَةِ إِبْرَاهِيمَ أَيضاً.

ذَكَرَ أَبُو بَكرِ بْنِ أَبِي شَيْبَةَ قَالَ: حدَّثَنِي حفصٌ، عَنِ الأَعْمَشِ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، وَأَشْعَثَ، وَعَنِ الشَّعبيِّ، قَالا: قَالَ عَبْدُ اللَّهِ: إِذَا أَدَّى [المُكَاتَبُ ثُلُثَ كِتَابَتِهِ، فَهُو غَرِيمٌ.

(١) المصنف ٨/ ٤١٠.

وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ رِوَايَةِ الْمُغِيرَةِ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ، قَالَ: إِذَا أَدَّى] ثمنَهُ، فَهُوَ غَرِيمٌ.

وَقَولٌ سَابِعٌ: إِنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيهِ دِرْهَمٌ، وَمَا بَقِيَ عَلَيهِ شَيْءٌ.

رُوِيَ ذَلِكَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ مِنْ وُجُوهٍ، وَعَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، وَعَائِشَةَ، وَأُمِّ سَلَمَةَ لَمْ يُخْتَلَفْ عَنهُمْ فِي ذَلِكَ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ(١)، قَالَ: أَخْبَرنا الثَّورِيُّ، قَالَ: أخبرنا طَارِقُ بْنُ عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنِ الشَّعبيِّ، قَالَ: وَقَال زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ بَقِيَ عَلَيهِ دِرْهَمٌ.

وَوَكِيعٌ، عَنْ إِسْمَاعِيلَ، عَنِ الشَّعبيِّ، عَنْ سُفْيَانَ بْنِ أَبِي نجيحٍ، عَنْ مُجَاهِدٍ جَمِيعاً عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ مِثْلَهُ.

وَعَنْ معمرٍ، عَنْ عَبْدِ الكَرِيمِ الجزريِّ، عَنْ مَيْمُونِ بْنِ مهْرانَ، عَنْ عَائِشَةَ أَنَّها قَالَتْ لِمُكَاتَبٍ مِنْ أَهْلِ الجَزِيرَةِ، يُقَالُ لَهُ: حمران: ادْخُلْ عَلَيَّ، وَلَو بَقِيَ عَلَيْكَ عَشرةُ دَرَاهِمَ.

وَعَنْ مَعمرٍ، عَنْ يَحيى بْنِ أبي كثيرٍ، عَنْ سَالِمٍ مَولى دوسٍ - قَالَ: قَالَتْ لِي عَائِشَةُ أَنْتَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَليكَ مِنْ كِتَابَتِكَ شَيْءٌ(٢).

وَعَنْ مَعمرٍ، عَنْ قَتادَةَ أَنَّ عَائِشَةَ قَالَتْ: هُوَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيهِ دِرْهَمٌ.

[وَعَنْ معمرٍ، عَنْ يَحْيَى بْنِ أبي كثيرٍ، عَنْ مُسلمِ بْنِ جندبٍ، عَنِ ابْنِ عُمَر، أَنَّهُ قَالَ: عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيهِ دِرْهَمٌ].

وَهُوَ قَولُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَجُمهورِ فُقَهَاءِ الْمَدِينَةِ، وَقَولُ الشَّعبيِّ، وَإِبْرَاهِيمَ وَابْنِ شِهَابٍ الزُّهريِّ، [وَالحَكَمِ]، وَالحَارِثِ العكليِّ، وقتادَةَ، وعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ.

وَبِهِ قَالَ جَمَاعَةُ أَهْلِ الفَتْوى بَالأَمْصارِ: مَالِكٌ، وَعَبْدُ العَزِيزِ، وَاللَّيْثُ، والثَّورِيُّ، وَالأَوْزَاعِيُّ، [وَأَبُو حَنِيفَةَ]، وَالشَّافِعِيُّ، [وَأَصْحَابُهُ]، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحَاقُ.

قَالَ: حدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حَدَّثني مُحمدُ بْنُ بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني أَبُو دَاوُدَ، قَالَ: حدَّثني هَارُونُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: حَدَّثني أَبُو بَدْرٍ، قَالَ، حَدَّثني أَبُو عُتْبَةَ، قَالَ حدَّثني سُليمانُ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيهِ دِرْهَمٌ»(٣).

---

(١) المصنف ٨/ ٤٠٨.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٨/ ٤١٢.

(٣) تقدم الحديث مع تخريجه.

قال أبو عمر: أَبُو عُتْبَةَ، هُوَ عِنْدِي، هُو عِنْدِي إِسْمَاعِيلُ بْنُ عياشٍ، [وسُليمانُ هُوَ] سُليمانُ بْنُ موسى الأشدقُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَأَمَّا أَبو بَدْرٍ هُوَ شجاعُ بْنُ الوَلِيدِ السكونيُّ.

قَالَ أَبُو دَاوُدَ: وَحَدَّثَنِي مُحمدُ بْنُ المُثَنَّى، قالَ: حدَّثني عَبْدُ الصَّمَدِ، قالَ؛ حَدَّثني هَمَّامٌ، قَالَ: حَدَّثني عَبَّاسٌ الجريريُّ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعيبٍ، عَنْ أَبيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنِ النبيِّ ﷺ قَالَ: «أَيُّما عَبْدٍ كَاتَبَ عَلى مائةِ أوقِيَّةٍ، فَأَدَّاها إِلا عَشرَ أَواقٍ، فَهُوَ عَبْدٌ»(١).

[«وَأَيُّما عَبْدٍ كَاتَبَ عَلى مائةِ دِينارٍ، فَأَدَّاها إِلا عشرةَ دَنَانِيرَ، فَهُوَ عَبْدٌ»].

وَهَكَذا رَوَاهُ حجَّاجُ بْنُ أَرْطَأَةَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيبٍ، عَنْ أَبيهِ، عَنْ جدِّهِ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ.

وَهُوَ عِنْدِي [فِي مَعْنى قَولِهِ هُوَ] مَا بَقِيَ عَلَيهِ شَيْءٌ، كَما قَالَ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥] أَرَادَ القَلِيلَ بِذِكْرِ الدِّينَارِ بَعْدَ ذِكْرِهِ القِنْطارَ، وَأَرَادَ الكَثِيرَ بِذِكْرِهِ القِنْطَارَ، وَلَمْ يُرِدِ الدِّينار بِعَيْنِهِ خَاصَّةً، وَلا القِنْطَارَ بِعَيْنِهِ خَاصَّةً.

وَمِثْلُ هَذا مَا رُوِيَ مُنْقَطِعاً، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ قالَ: «مَنْ كَاتَبَ مُكاتَباً عَلى مائَةٍ، فَقَضاهَا كُلَّها إِلا عَشرةَ دَراهِمَ، فَهُوَ عَبْدٌ، أو عَلى مائَةِ أوقيَّةٍ، فَقَضاهَا كُلَّها إِلا أوقيَّةً، فَهُو عَبْدٌ».

رَوَاهُ ابْنُ جريجٍ، عَنْ عَطاءٍ الخراسانيِّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ العَاصِ.

وَأَمَّا مَا رَواهُ عِكْرِمَةُ [بْنُ عَمَّارٍ]، عَنْ يَحيى بْنِ أبي كثيرٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قالَ: إِذَا بَقِيَ عَلى المُكَاتَبِ خَمْسُ أَوَاقٍ، أَوْ خَمْسُ ذَوْدٍ، أو خَمْسَةُ أَوْسُقٍ، فَهُوَ تَحرِيمٌ، فَخطَأ، لا يعرجُ عَلَيهِ.

وَإِنَّما الحَدِيثُ لِيَحْيى بْنِ أَبِي كثيرٍ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عبَّاسٍ مَرْفُوعاً، يعْتقُ مِنَ المُكَاتَبِ بِقَدْرِ مَا أَدَّى عَلى مَا قَدْ ذَكَرْنَاهُ عَنْهُ.

وَعِكْرِمَةُ بْنُ عَمَّارٍ لا يُحْتَجُّ بِهِ. وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ المُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيهِ شَيْءٌ خِلافَ مَا تَقَدَّمَ عَنْهُ.

ذَكَرَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثَنِي أَبُو خَالِدٍ الأَحْمَرُ، عَنْ أَبي عَرُوبَةَ، عَنْ

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

قَتادَةَ، عَنْ معْبدِ الجهنيِّ، عَنْ عُمرَ، قالَ: «المُكَاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ علَيه درْهَمٌ».

وَهَذا الإسْنَادُ خَيرٌ مِنَ الإسْنَادِ عَنْهُ؛ بأنَّ المُكَاتَبَ إذا أدَّى الشطْرَ، فَلا رِقَّ عَلَيهِ.

وَرُوِيَ عَنْ عُثمانَ ـ رضي الله عنه أيضاً.

ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حَدَّثني يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، عَنْ عَبَّادِ بْنِ مَنْصُورٍ، عَنْ حَمَّادِ بْنِ إبْرَاهِيمَ، عَنْ عُثْمانَ، قَالَ: هُوَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيهِ دِرْهَمٌ.

وَهَذَا أولى مَا قِيلَ بِهِ فِي هَذا البَابِ، وَاللَّهُ المُوفِّقُ لِلصَّوَابِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فَإنْ هَلَكَ الْمُكَاتَبُ، وَتَركَ مَالاً أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، وَلَهُ ولَدٌ وَلَدُوا فِي كِتَابَتِهِ، أَوْ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، وَرِثُوا مَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ، بَعْدَ قَضَاءِ كِتَابَتِهِ.

قال أبو عمر: فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ لِلْعُلماءِ ثَلاثَةُ أَقْوَالٍ:

أَحَدُها: مَا قَالَهُ مَالِكٌ؛ لأنَّهُ وَلَدُهُ الَّذِينَ كَاتَبَ عَلَيهِم أو وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ حُكْمُهُمْ كَحُكْمِهِ، وَعَليهِم السَّعْيُ فِيمَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ، لَو لَمْ يَتَخَلَّفُوا مَالاً، وَلا يعْتقُونَ [إلا بعتْقِهِ]، وَلَو أَدَّى عَنْهُم مَا رَجعَ عَلَيْهِمْ بِذَلِكَ؛ لأَنَّهُم يعْتقُونَ عَلَيهِ، فَهُوَ أَولى بِمِيرَاثِهِ؛ لأنَّهُم مُسَاوُونَ لَهُ فِي جَمِيعِ حَالِهِ.

وَالقَولُ الثَّانِي: إنَّهُ يُؤَدَّى عَنْهُ مِنْ مَالِهِ جَمِيعُ كِتَابَتِهِ، [وَجعلَ كَأَنَّهُ مَاتَ حُرّاً] وَيرِثُهُ جَمِيعُ وَلَدِهِ، وَسَواءٌ فِي ذَلِكَ مَنْ كَانَ حُرّاً قَبْلَ مَوْتِهِ مِنْ وَلَدِهِ، وَمَنْ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، أَو وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ؛ لأنَّهُم قَدِ اسْتَوُوا فِي الحُرِّيَّةِ كُلُّهُمْ حِينَ تَأَدَّتْ عَنْهُ كِتَابَتُهُ.

رُوِيَ هَذا القَولُ عَنْ عَلِيٍّ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ـ رضي اللَّهُ عَنْهُما، وَمِنَ التَّابِعِينَ عَنْ عَطاءٍ، وَالحَسَنِ، وَطَاوُسٍ، وَإبْرَاهِيمَ.

وَبِهِ قَالَ فُقهاءُ الكُوفَةِ: [الثَّوريُّ]، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ، وَالحَسَنُ [بْنُ صَالِحِ] بْنِ حَيّ.

وَإليهِ ذَهَبَ إسْحاقُ.

وَالقَولُ الثَّالِثُ: أنَّ المُكَاتَبَ إذا مَاتَ قَبْلَ أنْ يُؤَدِّيَ جَمِيعَ كِتَابَتِهِ، فَقَدْ مَاتَ عَبْداً، وَكُلُّ مَا يخلفُهُ مِنَ المَالِ لِسَيِّدِهِ، فَلا يَرِثُهُ أَحَدٌ مِنْ أَوْلادِهِ، لا الأَحْرَارُ، وَلا الَّذِينَ وِلُدُوا مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ؛ لأنَّهُ لَمَّا مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ جَمِيعَ كِتَابَتِهِ، فَقَدْ مَاتَ عَبْداً، وَمَالُهُ لِسيِّدِهِ، وَلاَ يَصِحُّ عتْقُهُ بَعْدَ مَوتِهِ؛ لأنَّهُ مُحالٌ أنْ يُعْتَقَ عَبْدٌ بَعْدَ مَوتِهِ، وَعَلى وَلَدِهِ الَّذِينَ كَاتَبَ عَلَيهِمْ أو وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ أنْ يَسْعَوا فِي بَاقِي الكِتَابَةِ، وَيَسْقُطُ عَنْهُم مِنْها

(١) الموطأ، ص٧٨٨.

مُقْدَارُ حِصَّتِهِ، فَإِنْ أَدَّوا عتقُوا؛ لأَنَّهم كَانُوا فِيها تبعاً لأبِيهم، وَإِنْ لَمْ يُؤَدُّوا ذَلِكَ رقُّوا.

هَذا قَولُ الشَّافعيِّ، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ.

وَهُوَ قَولُ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، وَالزُّهريِّ، وَقَتَادَة.

قال أبو عمر: عَلى قَولِ مَالِكٍ يَمُوتُ المُكَاتَبُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ مُكاتَباً عَلى قَولِ الكُوفِيِّ يَمُوتُ حُرّاً، وَعَلى قَولِ الشَّافِعِيِّ يَمُوتُ عَبْداً.

١٥٠٠ ـ مَالِكٌ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسِ الْمكِّيِّ؛ أَنَّ مُكَاتَباً كَانَ لابْنِ الْمُتَوَكِّلِ، هَلَكَ بِمَكَةَ، وَتَرَكَ عَلَيْهِ بَقِيَّةً مِنْ كِتَابَتِهِ، وَدُيُوناً لِلنَّاسِ، وَتَرَكَ ابْنَتَهُ، فَأَشْكَلَ عَلى عَامِلِ مَكَّةَ الْقَضَاءُ فِيهِ، فَكَتَبَ إِلَى عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ يَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عَبْدُ الْمَلِكِ: أَنِ ابْدَأْ بِدُيُونِ النَّاسِ، ثُمَّ اقْضِ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ، ثُمَّ اقْسِمْ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ بَيْنَ ابْنَتِهِ وَمَولاهُ.

قال أبو عمر: قَدْ جَهِلَ بَعْضُ مَنْ أَلَّفَ فِي الحُجَّةِ لِمَالِكٍ مِنْ أَصْحَابِنا أو تَجاهَلَ، فَقالَ: إِنَّ مَالِكاً يَقُولُ بِهَذا الخَبرِ الَّذِي ذَكَرَهُ عَنْ عَبْدَ المَالِكِ بْنِ مَرْوَانَ، وَأَنَّ ابْنَةَ هَذا المُكَاتَبِ كَانَتْ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ، وَلِهَذَا وَرِثَها مِنْهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هَذا جهلاً، فَهُوَ قَبِيحٌ مِنَ التَّجاهُلِ؛ لأنَّ الخَبَرَ مَحْفُوظٌ مِنْ وُجُوهٍ أَنَّ ابْنَتَهُ كَانَتْ حُرَّةً.

وَمَالِكٌ [لا] يَقُولُ بِذَلِكَ، وَلا يَأْخُذُ بِحَدِيثِ عَبْدِ المَلكِ هَذا.

وَقَد احْتَجَّ مُحمدُ بْنُ الحَسَنِ بِحَدِيثِ مَالِكٍ هَذا، عَنْ حُميدِ بْنِ قَيْسٍ، عَلى مَنْ قَالَ بِقَولِ مَالِكٍ فِي أنَّ المُكَاتَبَ لا يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ الأحْرارُ، إذا مَاتَ قَبْلَ العتقِ، وَإِنَّما يَرِثُهُ مَنْ مَعَهُ مِنْ وَرَثَتِهِ فِي كِتَابَتِهِ.

قَالَ: حَدَّثَنِي مَالِكٌ، عَنْ حميدِ بْنِ قَيْسٍ أَنَّ مُكَاتَباً كَانَ لابْنِ المُتوكِّلِ فَذَكَرَهُ.

وَقالَ [ابْنُ وَهْبٍ]: كَيْفَ تَرَكَ أَهْلُ المَدِينَةِ مَا رَوى مَالِكٌ فَقِيهُ أَهْلِ المَدِينَةِ فِي زمَانِهِ؟

وَهُوَ عِنْدَنا الصَّوَابُ.

قال أبو عمر: ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ ابْنِ جُرِيجٍ، قالَ: سَمِعْتُ ابْنَ أبي مليكَةَ يَذْكُرُ أَنَّ عباداً مَولى [ابنِ] المُتَوكِّلِ [مَاتَ] مُكَاتَباً، وَقَدْ قَضى النِّصْفَ مِنْ كِتَابَتِهِ، وَتَركَ مَالاً كَثِيراً، وَابْنَةً لَهُ حُرَّةً كَانَتْ أُمُّها حُرَّةً، فَكَتَبَ عَبْدُ المَلكِ أَنْ يُقْضى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ، وَمَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ بَيْنَ ابْنَتِهِ، وَمَوَالِيهِ.

١٥٠٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣، من الكتاب والباب السابقين.

قَالَ ابْنُ جُريجٍ: وَقالَ لِي عَمْرُو بْنُ دِينارٍ: مَا أَرَاهُ كُلَّهُ إلا لابْنَتِهِ.

قال أبو عمر: ذَهَبَ عَمْرُو بْنُ دِينارٍ فِي ذَلِكَ إلى الرَّدِّ على الابْنَةِ؛ لأنَّ المَولى لا يَرِثُ مَعَ البَنِينَ، وَلا مَعَ البَنَاتِ، وَلا مَعَ أحَدٍ مِنَ العَصبَاتِ عِنْدَ أهْلِ الردِّ مِنْ [أهْلِ] الفَرَائضِ.

وَهَذا القَضَاءُ الَّذِي قَضى بِهِ عَبْدُ المَلكِ، وَقَدْ تَقَدَّمَهُ إليهِ مُعَاوِيَةُ.

ذَكَرَ معمرٌ، عَنْ قَتادَةَ، عَنْ مَعْبَدٍ الجهنيِّ، قَالَ: سَألَنِي عَبْدُ المَلكِ بْنُ مَرْوَانَ، عَنِ المُكاتَبِ يَمُوتُ، وَلَهُ وَلَدٌ أحْرَارٌ، وَتَركَ مِنَ المَالِ أكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَيهِ، فَقُلْتُ لَهُ فِيها قَضى عُمَرُ، [وَمُعَاوِيَةُ] بِقَضَاءَيْنِ، وعُمَرُ خَيرٌ مِنْ مُعَاوِيَةَ، وَقَضَاءُ مُعَاوِيَةَ أحَبُّ إليَّ مِنْ قَضَاءِ عُمَرَ. قَالَ: وَلِمَ قَالَ؟ قُلْتُ: لأنَّ دَاوُدَ كَانَ خَيراً مِنْ سُلَيمانَ، وَفَهمَها سُلَيْمانُ، قَضى عُمَرُ أنَّ مَالَهُ كُلَّهُ لِسَيِّدِهِ.

وَقضى مُعَاوِيَةُ أنَّ سَيِّدَهُ يُعْطَى بَقِيَّةَ كِتَابَتِهِ، ثُمَّ مَا بَقِيَ فَهُوَ لِوَلَدِهِ الأحْرَارِ.

وَمَعمرٌ، عَنْ إسْمَاعِيلَ أبي المقْدامِ أنَّهُ سَمعَ عكْرِمَةَ يُحَدِّثُ أنَّ مُعَاوِيَةَ قَضى بِذَلِكَ.

وَرَوى الثَّوْرِيُّ، عَنْ طَارِقٍ، عَنِ الشَّعبيِّ أنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ قَالَ: المَالُ كُلُّهُ لِسَيِّدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأمْرُ عِنْدَنَا: أنَّهُ لَيْسَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ أنْ يُكَاتِبَهُ إذَا سَألَهُ ذَلِكَ، وَلَمْ أسْمَعْ أنَّ أحداً مِنَ الأئِمَّةِ أكْرَهَ رَجُلاً على أنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ، وَقَدْ سَمِعْتُ بَعْضَ أهْلِ الْعِلْمِ إذَا سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ فَقِيلَ لَهُ: إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعالَى يَقُولُ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] يَتْلُو هَاتَيْنِ الآيَتَيْنِ: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَوٰةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠].

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّما ذَلِكَ أمْرٌ أذِنَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِيهِ لِلنَّاسِ، وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِمْ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلَماءُ فِي وُجُوبِ الكِتَابَةِ عَلى السَّيِّدِ لِعَبْدٍ إذَا ابْتَاعَها مِنْهُ، وَفِيهِ خَيْرٌ.

وَاخْتَلَفُوا أيضاً فِي قَولِهِ عزَّ وجلَّ: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]:

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: الخَيرُ المَالُ، وَالغِنى، وَالأدَاءُ.

وَقالَ آخَرُونَ: الصَّلاحُ وَالدِّينُ.

---

(١) الموطأ، ص٧٨٨.

وَقالَ آخَرُونَ: الخَيْرُ هَا هُنا حِرْفَةٌ يَقْوى بِها عَلى الاكْتِسَابِ.

وَكَرِهُوا أنْ يُكَاتِبُوا مَنْ لا حِرْفَةَ لَهُ فَيَبْعَثُهُ [عدمُ حرْفَتِهِ] عَلى السُّؤَالِ.

[وَقالَ آخَرُونَ: الدِّينُ وَالأمَانَةُ، وَالقُوَّةُ على الأداءِ].

وَقالَ آخرونَ: الصِّدْقُ، وَالقُوَّةُ عَلى طَلَبِ الرِّزْقِ.

قَالَهُ مُجاهِدٌ، وَعَطاءٌ.

قَالَ عَطاءٌ، هُوَ مِثْلُ قَولِهِ تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: ٨] و﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة: ١٨٠].

قَالَ ابْنُ جُريجٍ: قُلْتُ لِعَطاءٍ أرَأيْتَ إنْ لَمْ أعْلَمْ عِنْدَهُ مَالاً، وَهُوَ رَجُلُ صِدْقٍ؛ قَالَ: مَا أحْسبُ خَيراً] إلا المَالَ.

وَقَالَهُ مُجَاهِدٌ.

وَقَالَ عَمْرُو بْنُ دِينارٍ: هُوَ كُلُّ ذَلِكَ؛ المَالُ وَالصَّلاحُ.

وَقَالَ طَاوُسٌ: المَالُ، وَالأمَانَةُ.

وَقالَ الحَسَنُ، وَأخُوهُ سَعِيدٌ، وَالضَّحَّاكُ، وَأبُو رزينٍ، وَزَيْدُ بْنُ أسْلَمَ، وَعَبْدُ الكَرِيمِ: الخَيْرُ: المَالُ.

وَقَالَ سُفْيَانُ: الدِّينُ، وَالأمَانَةُ.

[وَقالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا جَمَعَ القُوَّةَ عَلى الاكْتِسَابِ وَالأمَانَةَ].

وَروى مَعمرٌ، عَنْ أيُوبَ، عَن ابْنِ سِيرِينَ، عَنْ عُبيدةَ فِي قَولِهِ تَعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، قَالَ: إنْ عَلِمْتُمْ عِنْدَهُم أمَانَةً.

وَالثَّوْرِيُّ، عَنْ مُغِيرَةَ، عَنْ إبْرَاهِيمَ، قَالَ: صِدْقاً وَوَفَاءً.

قال أبو عمر: مَنْ لَمْ يَقُلْ إنَّ الخَيْرَ هُنا المَالُ أنْكَرَ أنْ يُقالَ ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] مَالاً.

قَالَ: وَيُقَالُ: عَلِمْتُ فِيهِ الخَيْرَ، والصَّلاحَ وَالأمَانَةَ، وَلا يُقَالُ: عَلِمْتُ فِيهِ المَالَ، وَإنَّما يُقَالُ: عَلِمْتُ عِنْدَهُ [المَالَ].

وَمَنْ قَالَ: إنَّ مَالَ المُكَاتَبِ لِسَيِّدِهِ إذَا عُقِدَتْ كِتَابَتُهُ، فَلا يَكُونُ الخَيْرُ عِنْدَهُ إلا القُوَّةَ عَلى الكَسْبِ، وَالتَّحرُّفَ.

وَمَنْ كَرِهَ أنْ يُكَاتَبَ مَنْ لا حِرْفَةَ لَهُ، وَلا قُوَّةَ عَلى الاكْتِسَابِ احْتَجَّ بِما رَوَاهُ يَحْيَى القَطَّانُ، عَنْ ثَوْرِ بْنِ يَزِيدَ، عَنْ يُونُسَ بْنِ سَيْفٍ، عَنْ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ، قَالَ:

كَتَبَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ إلى عُميرِ بْنِ سَعْدٍ: أَمَّا بَعْدُ: فَإِنَّهُ منْ قبلك مِنَ المُسْلِمِينَ أنْ يُكَاتِبوا أرقاءهُمْ، عَلى مَسْأَلَةِ النَّاسِ.

وَسُفْيانُ، عَنْ عَبْدِ الكَرِيم الجزريِّ، عَنْ نَافعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّهُ كَانَ يكْرَهُ أنْ يُكَاتِبَ غُلامَهُ، إذا لَمْ يَكُنْ لَهُ حِرْفَةٌ، وَيقُولُ: تَأْمُرُونِي أنْ آكُلَ أَوْسَاخَ النَّاسِ.

وَرَوى وَكِيعٌ، عَنْ سُفْيانَ، عَنْ أبي جَعْفَرٍ الفَرَّاءِ، عَنِ ابْنِ أبي لَيْلى الكنديِّ، أنَّ سَلْمانَ أرَادَ أنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ، فَقَالَ: مِنْ أيْنَ؟ قَالَ: أَسْأَلَ النَّاسَ. قَالَ: أَتُرِيدُ أنْ تطْعمنِي أوْسَاخَ النَّاسِ؟ وَأبى أنْ يُكَاتِبَهُ.

قال أبو عمر: هَذا تَنَزُّهٌ وَاخْتِيارٌ، وَاللَّهُ أعْلَمُ، وَقَدْ كُوتِبَتْ بَرِيرَةُ، ولا حُرْفَةَ لَها، وَبَدَأَتْ بِسُؤَالِ النَّاسِ مِنْ حِينِ كُوتِبَتْ، وَتَذَبْذَبَ النَّاسُ إلى عَونِ المُكَاتَبِ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ عِتْقِ الرِّقَابِ.

وَروى الثَّوْرِيُّ، عَنْ أبي جَعفرٍ الفَرَّاءِ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ أبي سروانَ، عَنْ أبي التَّيَّاحِ مُؤَذِّنِ عَلِيٍّ، قَالَ: قُلْتُ لِعَلِيٍّ: أكاتبُ، وَلَيْسَ لِي مَالٌ؟ قَالَ نَعَمْ، ثُمَّ حصن النَّاس عَليّ، فَأَعْطيت مَا فضلَ عَنْ كِتَابَتِي، فَأَتَيْتُ عَلِيّاً، فَقالَ: اجْعَلْها فِي الرِّقَابِ.

وَأمَّا اخْتِلاف أهْلِ العِلْمِ فِي مَعْنى قَولِهِ تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣] فَهَلْ هِيَ عَلى الوُجُوبِ، أو عَلى النَّدْبِ وَالإِرْشَادِ؟ فَإِنْ مَسْرُوقَ بْنَ الأجدعِ، وَعَطاءَ بْنَ أبي رَباحٍ، وَعَمْرَو بْنَ دِينارٍ، وَالضَّحَّاكَ بْنَ مزاحم، وَجَماعَةَ أهْلِ الظَّاهِرِ، كَانُوا يَقُولُونَ: وَاجِبٌ عَلى كُلِّ مَنْ سَأَلَهُ مَمْلُوكهُ، وَعلمَ عِنْدَهُ [خَيْراً]، أنْ يعقدَ لَهُ كِتابَتَهُ مِمَّا يَتَراضِيَانِ بِهِ.

وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ، أَجْبَرَ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ، عَلى كِتَابَةِ لِعَبْدِهِ سِيرِينَ أبي مُحمدِ بْنِ سِيرِينَ بالدرَّةِ.

وَرَوى قَتادَةُ، وَمُوسى بْنُ أنسِ بْنِ مَالِكٍ، أنَّ سِيرِينَ وَالِدَ مُحمدِ بْنِ سِيرِينَ، سَأَلَهُ الكِتَابَةَ [وَكانَ كَثِيرَ المَالِ؟] فَأبى؛ فانطلق إلى عُمَرَ، فَقالَ عُمَرُ لأنسٍ: كَاتِبْهُ. فَأبى، فَضَربَهُ بالدرَّةِ، وَتَلا: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] فَكَاتَبَهُ أنسٌ.

وَقَدْ قِيلَ: إنَّ عُمَرَ رَفعَ الدرَّةَ عَلى أنَسٍ؛ لأنَّهُ أبى أنْ يأتيه شَيْئاً [مِنْ كِتَابَتِهِ]، لا عَلى عَقْدِ الكِتَابَةِ أوَّلاً.

وَقالَ ابْنُ جريجٍ: قُلْتُ لِعَطاءٍ: وَاجِبٌ عَلَيَّ إذا عَلِمْتُ لَهُ مَالاً، أنْ أُكَاتِبَهُ؟ فَقالَ: مَا أراهُ إلا وَاجِباً، وَقالَها عَمْرُو بْنُ دِينارٍ.

وَقالَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُمْ، وَالثَّورِيُّ، وَهُوَ قَولُ الحَسَنِ،

وَالشَّعبيّ؛ لَيْسَ عَلى السَّيِّدِ أنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ، إِذَا سَأَلَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ ذَا مَالٍ، إلا أنْ يُرِيدَ السَّيِّدُ.

قال أبو عمر: قَدْ يَنْعَقِدُ الإجْماعُ بأنَّهُ لَو سَأَلَهُ أنْ يَبِيعَهُ مِنْ غَيْرِهِ، لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ مُكاتبَتُهُ؛ لأنَّهُ [لا] يبيعُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ، وَكَذَلِكَ لَو قَالَ لَهُ: أعْتِقْنِي. أو: دَبِّرْنِي. أو؛ زَوِّجْنِي. لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ بِإجْماعٍ، فَكَذَلِكَ الكِتَابَةُ؛ لأنَّها مُعَاوَضَةٌ لا تَصِحُّ إلا عَنْ تَرَاضٍ.

وَقولُهُ عَزَّ وَجلَّ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] مِثل قَولِهِ: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وَذَلِكَ كُلُّهُ نَدْبٌ وَإِرْشَادٌ، وَإِذْنٌ، كَما قَالَ مَالِكٌ.

وَقالَهُ زَيْدُ بْنُ أسْلَمَ، وَقالَهُ إسْحاقُ، إذا اجْتَمَعَ فِي العَبْدِ الأمَانَةُ، وَالمَالُ، وَسَأَلَ سَيِّدَهُ أنْ يُكَاتِبَهُ، لَمْ يَسَعْهُ إلا مُكاتَبَته، وَلا يُجْبِرُهُ الحَاكِمُ عَلى ذلِكَ، وَأخْشى أنْ يَأْثَمَ إنْ لَمْ يَفْعَلْ.

وَقَدْ أنْكَرَ جَماعَةٌ مِنْ أهْلِ العِلْمِ عَلى مَنْ جَعَلَ قَولَهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] مِثْلَ قَولِهِ: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢] وَقولَهُ: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [الجمعة: ١٠].

وَهَذانِ الأمْرَانِ، وَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما بَعْدَ حَظْرٍ وَمَنْعٍ، فَكانَ مَعْنَاهُما الإبَاحَةَ، وَالخُرُوجَ مِنْ ذَلِكَ الحَظْرِ؛ لأنَّهُ عَزَّ وَجلَّ قَالَ: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، وقالَ تَعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] فَمَنَعَهُمْ مِنَ الصَّيْدِ مَا دَامُوا مُحْرِمِينَ، ثُمَّ قالَ لَهُمْ: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢] فَعُلِمَ أنَّ مَعْنى هَذا الأمْرِ الإبَاحَةُ لِمَا حظرَ عَلَيهم مِنَ الصَّيْدِ، ومنعُوا مِنْهُ، لا إيجابُ الاصْطِيَادِ، وَكَذَلِكَ منعُوا مِنَ التَّصرُّفِ وَالاشْتِغَالِ بِكُلِّ مَا يمنعُ مِنَ السَّعْيِ إلى الجُمعةِ، إذا نُودِيَ لَها، وَأمرُوا بالسَّعْيِ لَها، ثُمَّ قَالَ لَهُم: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [الجمعة: ١٠].

فَعَلِمَ أهْلُ اللِّسَانِ، أنَّ مَعْنى الأمْرِ بالانْتِشَارِ فِي الأرْضِ، إبَاحَةٌ لِمَنْ شَاءَ.

وَأجْمَعَ عَلى ذَلِكَ أهْلُ العِلْمِ وَفَهِمُوهُ مِنْ مَعْنى كِتَابِ رَبِّهِم؛ فَقالُوا: لا بَأْسَ بِتَرْكِ الصَّيْدِ لِمَنْ حَلَّ مِنْ إحْرَامِهِ، ولا بَأْسَ بِالقعُودِ فِي المَسْجِدِ الجَامِعِ لِمَنْ قَضى صَلاةَ الجُمعةِ.

وَأمَّا الأمْرُ بِالكِتَابَةِ لِمَنْ ابْتغاهَا مِنَ العَبِيدِ، فَلَمْ يتقدَّمْ نَهْيٌ مِنَ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ، بِأنْ لا يُكاتِبُوا، فَيَكُونُ الأمْرُ إباحَةً بِالصَّيْدِ، وَالانْتِشَارِ فِي الأرْضِ.

وَقَدْ زَعَمَ بَعْضُ أَصْحابِنا، أَنَّ قَوْلَ اللَّهِ تَعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] تَقْتَضِي النَّهْيَ عَنِ الكِتابَةِ؛ لأَنَّ مَالَ العَبْدِ، لِسَيِّدِهِ أخذهُ مِنْهُ، كَما لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَهُ، يُقَالُ: فَلَو لَمْ يُؤذنوا لَنا فِي الكِتَابَةِ، لَكُنَّا مُمْتَنِعِينَ مِنْها بالآيَةِ الَّتِي ذَكَرْنا.

قَالَ: وَلَوْلا قَولُهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣] مَا جازَتِ الكِتَابَةُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: وَسَمِعْتُ بَعْضَ أَهْلِ العَلْمِ يَقُولُ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَبارَكَ وَتَعالَى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] إِنَّ ذَلِكَ أَنْ يُكَاتِبَ الرَّجُلُ غُلامَهُ، ثُمَّ يَضَعَ عَنْهُ مِنْ آخِرِ كِتَابَتِهِ شَيْئاً مُسمى.

قَالَ مَالِكٌ: فَهَذَا الَّذِي سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ، وَأَدْرَكْتُ عَمَلَ النَّاسِ عَلَى ذَلِكَ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَاتَبَ غُلاماً لَهُ عَلَى خَمْسَةٍ وَثَلاثِينَ أَلْفَ دِرْهَم، ثُمَّ وَضَعَ عَنْهُ مِنْ آخِرِ كِتَابَتِهِ خَمْسَةَ آلافِ دِرْهَم.

قال أبو عمر: قَدِ اخْتَلَفَ العُلَماءُ أيضاً فِي مَعْنى قَولِهِ تَعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، فَقالَ بَعْضُهم: ذَلِكَ عَلَى الإيجابِ عَلى السَّيِّدِ، وَقالَ آخَرُونَ: ذَلِكَ عَلى النَّدْبِ.

هَذا قَولُ مَالِكٍ وَأَصْحابِهِ.

وَقولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحابِهِ؛ قَالُوا: هَذا عَلى النَّدْبِ وَالحَضِّ عَلى الخَيْرِ، إِلا أَنَّهُ عِنْدَ مَالِكٍ أَصْلٌ، وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ لا يقْضِي بِهِ، وَلا يَجِبُ عَلَيهِ.

وَقالَ آخَرُونَ: لَمْ يُردِ بِذَلِكَ السَّيِّدَ، وَإِنَّما أُرِيدَ بِذَلِكَ جَماعَةُ النَّاسِ؛ ندبُوا إِلى عَونِ المُكاتَبِينَ، فَأَمَّا أَهْلُ الظَّاهِرِ، فَالكِتَابَةُ عِنْدَهُم، إِذَا سَأَلَها العَبْدُ وَاجِبَةٌ، وَالإِيتاءُ لَهُم مِنَ السَّيِّدِ وَاجِبٌ، يَضعُ عَنْهُ مِنْ كِتَابَتِهِ ما شَاءَ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: وَاجِبٌ عَلَيهِ أَنْ يَضعَ عَنْهُ مِنْ كِتَابَتِهِ مَا شَاءَ، وَيُجْبِرُهُ الحَاكِمُ عَلى ذَلِكَ [وَلَم يَجِدْ فِي ذَلِكَ شَيْئاً، وَهُوَ لا يرى الكِتَابَةَ لِغَيْرِهِ؛ إذا سَأَلَهُ إِيَّاهَا وَاجِبَةً؛ لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عِنْدَهُ عَلى ذَلِكَ]، وَلَمْ يَكُنِ الإِيتاءُ عِنْدَ ذَلِكَ؛ لأَنَّهُ أَمْرٌ لا يعترضُهُ أَصْلٌ، وَرأى أَنَّ عَطْفَ الوَاجِبِ عَلى النَّدْبِ فِي القُرآنِ وَلِسَانِ العَربِ، كَما قالَ الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآئِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النحل: ٩٠] وَمَا كَانَ مِثْلَ هَذا.

وَقالَ مَالِكٌ: ينْدبُ السَّيِّدُ إِلى أَنْ يَضَعَ عَنْهُ مِنَ الكِتَابَةِ شَيْئاً فِي آخِرِ كِتَابَتِهِ، مِنْ

(١) الموطأ، ص٧٨٨.

غَيْرِ أنْ يجبرَ عَلى ذَلِكَ، وَلَمْ يحدّ أيضاً فِي ذَلِكَ حدّاً، وَاسْتَحبَّ أنْ يَكُونَ ذَلِكَ رُبُعَ الكِتابِ، وَكَذَلِكَ استحبَّ ذَلِكَ الشَّافِعِيُّ، إلا أنَّهُ يُوجبُ الإِيتاءَ، وَمَالِكٌ يندب إِلَيهِ.

وَقولُ مَالِكٍ أصَحُّ؛ لأنَّ الوَاجِبَ لا تكُونُ إلا مَعْلُومَةً، ولأنَّهُ قَدْ أجْمَعُوا أنَّ الكِتَابَةَ لا تَكُونُ إلا [عَلى] شَيْءٍ مَعْلُومٍ؛ فَلَو أنَّ الوَضْعَ مِنْها يَكُونُ وَاجِباً مَجْهُولاً، لآلَ ذَلِكَ إلى جَهْلِ مَبْلغِ الكِتَابَةِ.

وَأَمَّا اسْتِحْبَابُهم أنْ يَكُونَ الوَضعُ رُبُعَ الكِتَابَةِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه، وَرَوَاهُ بَعْضُ الرُّوَاةِ مَرْفُوعاً إلى النبيِّ ﷺ، وَالصَّحِيحُ أنَّهُ مَوْقُوفٌ على عَلِيٍّ، مِنْ قَوْلِهِ.

وَمِنَ المَرْفُوعِ فِيهِ مَا حَدَّثناهُ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ خَالِدٍ، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ الربيعِ، قَالَ: حدَّثني إِبْرَاهِيمُ بْنُ غَالِبٍ، قالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ الربيع بْنِ سُليمانَ الأزديُّ، قالَ: حدَّثني يُوسفُ بْنُ سَعِيدِ بْنِ مُسلمٍ، قالَ: حدَّثني حَجَّاجٌ، عَنِ ابْنِ جريجٍ، عَنْ عَطاءِ بْنِ السَّائِبِ، عَنْ أبي عَبْدِ الرَّحْمنِ، عَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه، عَنِ النَّبيِّ ﷺ: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] قَالَ: «رُبُعُ الكِتَابَةِ»[1]. وَبِهِ عَنِ ابْنِ جُريجٍ، وَعَطاءِ بْنِ السَّائِبِ، عَنْ حبيبِ بنِ السَّائِبِ، عَنْ عَاصِمِ بْنِ ضَمْرَةَ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ مِثْلُهُ.

وَرَوى عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ ابْنِ جُريجِ الحَدِيثَيْنِ جَمِيعاً هَكَذا مَرْفُوعَيْنِ.

وَقالَ ابْنُ جُريجٍ: وَأَخْبَرَنِي غَيْرُ وَاحِدٍ، عَنْ عَطاءِ بْنِ السَّائِبِ، أنَّهُ كَانَ يُحَدثُ بِهذا الحَدِيثِ، لا يَذْكُرُ فِيهِ النبيَّ ﷺ.

قال أبو عمر: عَطاءُ بْنُ السَّائِبِ تَغَيَّرَ فِي آخِرِ عُمْرِهِ، فِيما ذَكَرَ أَهْلُ العِلْمِ بِالنَّقْلِ، فَأَتى مِنْهُ مِثْلُ هَذا، وَسَماعُ ابْنِ جُريجٍ مِنْهُ أُخْرى.

وَقَدْ رَوَاهُ عَنْهُم أَهْلُ العِلْمِ بِالنَّقْلِ، وَالجماعَة مَرْفُوعاً.

فَمَنْ رَوَاهُ عَنْ عَطاءٍ، عَنْ أبي عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه، مِنْ قَولِهِ؛ سُفْيَانُ، وَشُعْبَةُ، وَمَعمرٌ، وَحَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ، وَحَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، وَالمَسعُودِيُّ، وَابْنُ عُلَيَّةَ، والمحاربيُّ، وَمُحمدُ بْنُ فضلٍ، عَنْ عَطاءٍ، عَنْ أبي عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ عَلِيٍّ مَوْقُوفاً.

وَكَذَلِكَ رَوَاهُ الثَّوريُّ أيضاً، وَقَيْسُ بْنُ الربيعِ، وَلَيْثُ بْنُ أبي سَلَمَةَ، عَنْ عَبْدِ الأعْلى بْنِ أبي عَبْدِ الرَّحمنِ، قالَ: شَهدتُ عَلِيّاً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، كَاتَبَ عَبْداً لَهُ عَلى أَرْبَعَةِ آلافٍ، فَحطَّ عَنْهُ أَلْفاً فِي آخِرِ نُجومِهِ، قالَ: وَسَمِعْتُ عَلِيّاً يَقُولُ: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]: الرُّبعُ مِمَّا تُكاتِبُوهُمْ عَلَيهِ.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٣٣.

وَرَوى يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، عَنْ عَبْدِ المَلكِ بْنِ سُليمان عَنْ عَبْدِ المَلكِ بْنِ أعينَ، عَنْ أبي عَبْدِ الرَّحمنِ السلميِّ، كَاتبَ غُلاماً لَهُ عَلى أرْبَعَةِ آلافٍ، فَحطَّ عَنْهُ ألْفاً، وَقالَ: لَوْلا أنَّ عَلِيّاً فَعَلَ ذَلِكَ، مَا فَعَلْتُهُ.

وَقالَ مُجاهِدٌ: يَتْرُكُ لَهُ طَائِفَةً مِنْ كِتَابَتِهِ.

وَكانَ ابْنُ عُمَرَ يَكْرَهُ أنْ يَضَعَ عَنْهُ فِي أوَّلِ نُجومِهِ؛ مَخافَةَ أنْ يَعْجَزَ.

وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: يُوضَعُ عَنْهُ شَيْءٌ [مَا كَانَ].

وَقالَ أحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: يُعْطى مِمَّا كُوتِبَ عَلَيهِ الرُّبْعُ؛ لِقَولِ اللَّهِ تَعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

وَرُوِيَ عَنْ أبِي اليسر كَعْبِ بْنِ عَمْرو أنَّهُ وَضَعَ عَنْ مُكاتَبِهِ السُّدُسَ.

وَعَنْ أبِي أسيدٍ الساعديِّ مِثْلُهُ.

وَقالَ قَتادَةُ: يُوضَعُ عَنْهُ العُشْرُ.

قال أبو عمر: تَأوَّلَ مَنْ ذَهَبَ هَذا المَذْهَبَ فِي أنَّ عَلى السَّيِّدِ أنْ يَحُطَّ عَنْ [مُكَاتَبِهِ مِنْ] مُكَاتَبَتِهِ فِي آخِرِ نُجومِهِ، أو فِي سَائِرِها، أو يعْطيهُ مِنْ عِنْدِ نَفْسِهِ، مِمَّا صَارَ إلَيهِ مِنْهُ، مَنْ رَأى ذَلِكَ نَدْباً، وَمَنْ رَآهُ وَاجِباً، قول الله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] مِنْهُم.

وَأمَّا الَّذِينَ ذَهَبُوا إلى أنَّ ذَلِكَ لَمْ يُخاطَبْ بِهِ سَاداتُ المُكاتَبينَ، وَإنَّما خُوطِبَ بِهِ سَائِرُ النَّاسِ، فِي عَوْنِ المُكاتَبينِ؛ فَمِنْهُم بريدةُ الأسْلَمِيُّ.

رَواهُ الحَسَنُ بْنُ وَاقِدٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بريدةَ، عَنْ أبيهِ فِي قَولِهِ تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] قالَ: حَثَّ النَّاسَ عَلى أنْ يعينُوا المُكاتَبَ.

وَعَنْ مُجاهِدٍ مِثْلُهُ.

وَعَنِ الحَسَنِ، [قَالَ]: حُضُوا عَلى أنْ يُعْطُوا المُكَاتَبَ وَالمَوْلى مِنْهُمْ.

عَنْ إبْرَاهِيمَ، مَسْألَةٌ؛ وَقالَ البطيُّ: إنَّما أعين بِهِ النَّاس لِيَتَصَدَّقُوا عَلى المُكاتَبِينَ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أسْلَمَ: أمَرَ بِذَلِكَ الولاةَ، لِيعْطُوهم مِنَ الزَّكاةِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأمْرُ عِنْدَنا، أنَّ المُكَاتَبَ إذَا كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ تَبِعَهُ مَالُهُ، وَلَمْ يَتْبَعْهُ وَلَدُهُ، إلا أنْ يَشْتَرِطَهُمْ فِي كِتَابَتِهِ.

(١) الموطأ، ص٧٨٩.

قال أبو عمر: إنَّما قَالَ ذَلِكَ قِياساً عَلى العتْقِ؛ لأنَّ مَذْهَبَهُ، وَمَذْهَبَ جَماعَةِ أَهْلِ المَدِينَةِ، أنَّ العَبْدَ إذا عتقَ، تبعَهُ مَالُهُ، وَفِي الكِتابَةِ عَقْدٌ مِنَ الحُرِّيَّةِ.

وَسَنذْكُرُ وُجوهَ الأقْوالِ فِي ذَلِكَ، فِي كِتابِ العتْقِ، إنْ شَاءَ اللَّهُ عزَّ وجلَّ.

وَمِمَّنْ قَالَ: إنَّ للمُكاتَبِ مَالَهُ إذَا عُقِدَتْ كِتابَتهُ، عَطاءُ بْنُ أَبِي رَباحٍ، والحَسَنُ البَصْرِيُّ، وَعَمْرُو بْنُ دِينارٍ، وَسُليمانُ بْنُ مُوسى، وَابْنُ أَبِي لَيلى.

وَقالَ سُفْيانُ الثَّوريُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ، وَالحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ: كُلُّ مَا بِيَدِ العَبْدِ إذا كُوتِبَ مِنَ المَالِ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ.

وَقالَ الأوْزاعِيُّ: إنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ السَّيِّدُ، فَهُوَ لِلْمُكَاتَبِ، وَإِنِ اسْتَثْناهُ السَّيِّدُ فَهُوَ لَهُ.

وَأَمَّا قَولُهُ: وَلَمْ يَتْبَعْهُ وَلَدُهُ، فَإِنَّ المَعْنى فِيهِ، أنَّ وَلَدَهُ لَيْسُوا بِمَالٍ بَيَدِهِ، وَلا مِلْكٍ لَهُ، وَإِنَّما هُمْ عَبيدُ سَيِّدِهِ، فَلا يَدْخُلونَ فِي الكِتَابَةِ [إلا بِالشَّرْطِ.

وَهَذا لا أَعْلَمُ فِيهِ خِلافاً، أنَّ أَوْلادَهُ عَبِيدُ السَّيِّدِ، لَيْسُوا تَبعاً لَهُ عِنْدَ عَقْدِ كِتَابَتِهِ، إنَّما يَكُونُ تبعاً لَهُ إذا تَسَرَّى وَهُوَ مُكاتبٌ، ثُمَّ ولدَ لَهُ مِنْ سرِّيَتِهِ، وَهُؤلاءِ يَدْخُلونَ مَعَهُ بِلا شَرْطٍ، وَلَو ولدُوا لَهُ مِنْ سَرِيَّتِهِ قَبْلَ الكِتَابَةِ، لَمْ يَدْخلُوا فِي كِتَابَتِهِ، إلا أنْ يدْخلَهم بالشَّرْطِ مَعَ نَفْسِهِ فِي كِتَابتِهِ.

فَهَذا مَذْهَبُ جُمْهُورِ العُلَماءِ مِنْ أَهْلِ الحِجَازِ، وَالعِرَاقِ.

ذَكرَ عَلِيُّ بْنُ المَدِينِيِّ، وَأَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، عَنْ أَبِي مُعاوِيَةَ، عَنِ الأَعْمَشِ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، فِي رَجُلٍ كَاتَبَ غُلامَهُ، ثُمَّ أَطْلَقَهُ بَعْدَ الكِتَابَةِ عَلى سريَّةٍ، أو وَلَدٍ فَقالَ إِبْرَاهِيمُ: السريَّةُ مَا كَانَتْ عَلَيهِ وَالوَلَد.

وَذكرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ ابْنِ جريجٍ، عَنْ عَطاءٍ، أَنَّهُ قَالَ لَهُ: رَجُلٌ كَاتَبَ عَبْدَهُ، فَكتمَهُ مَالَهُ ـ رَقيقاً، أو عَيْناً أو غَيرَ ذَلِكَ ـ وَوَلَدَهُ ـ فقالَ: مَالُهُ كُلُّهُ لِلْعَبْدِ، وَوَلَدُهُ لِسَيِّدِهِ.

وَقالَها عَمْرُو بْنُ دِينارٍ، وَسُليمانُ بْنُ مُوسى، قُلْتُ لِعَطاءٍ: فَلِمَ تَخْتَلِفَانِ؟ قَالَ: مِنْ أَجْلِ الوَلَدِ، لَيْسَ مِثل مَالِهِ.

وَروى حَمَّادُ بْنُ سَلَمةَ، عَنْ حَمَّادٍ الكُوفِيِّ، وَدَاوُدَ بن أبي هِنْدٍ، وَعُثْمانَ البتيِّ، وَحُميدٍ، قَالُوا: إذا أَعْتقَ الرَّجُلُ عَبْدَهُ، وَلَهُ مَالٌ، أو وَلَدٌ، فَمالُهُ لَهُ، وَوَلَدُهُ مَمْلُوكُونَ.

وَروى الوَلِيدُ بْنُ مُسْلِم، عَنْ سَعِيدِ بنِ عَبْدِ العَزيزِ، عَنْ مَكْحُولٍ، فِي رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْداً وَلَهُ أمُّ وَلَدٍ، لَمْ يَسْتَثْنِها، قَالَ: أُمُّ وَلَدِهِ لَهُ.

قال أبو عمر: كُلُّ مَنْ يُجِيزُ لَهُ التَّسَرِّي فالسريَّةُ عِنْدَهُ مَالٌ مِنْ مَالِهِ.

وَقَدْ رَوى مَعمرٌ، عَنْ قَتادَةَ، عَنِ الحَسَنِ، فِي رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْداً لَهُ، وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَتِهِ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِم السَّيِّدُ، وَأمّ الوَلَدِ فِي كِتابَتِهِ، قَالَ: إِنَّما كَاتَبَ عَلى أَهْلِهِ، وَمَالِهِ، وَوَلَدِهِ مِنْ مَالِهِ، وَلا نَعْلَمُ مَالَهُ غَيْرهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ مَالِكٌ[1] فِي المُكَاتَبِ يُكَاتِبُهُ سَيِّدُهُ وَلَهُ جَارِيَةٌ بِهَا حَبَلٌ مِنْهُ، لَمْ يَعْلَمْ بِهِ هُوَ وَلا سَيِّدُهُ يَوْمَ كِتَابَتِهِ: فَإِنَّهُ لا يَتْبَعُهُ ذَلِكَ الْوَلَدُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، وَهُوَ لِسَيِّدِهِ، فَأَمَّا الْجَارِيَةُ فَإِنَّهَا لِلْمُكَاتَبِ؛ لأَنَّهَا مِنْ مَالِهِ.

قال أبو عمر: هَذا عَلى مَا قَدَّمْنَا مِنْ أَصْلِهِ، أَنَّ وَلَدَ المُكَاتَبِ لا يَدْخُلُ فِي الكِتَابَةِ، إلا أَنْ يُكاتَبَ عَلَيهِ، وَيَشْتَرِطَ فِي كِتَابَتِهِ، وَالحَمْلُ كَالمَوْلُودِ إذا خَرجَ إِلى الدُّنْيا، وَاعْتبرَ ذَلِك بِالمِيرَاثِ.

قَالَ مَالِكٌ[2]، فِي رَجُلٍ وَرِثَ مُكَاتَباً، مِنِ امْرَأَتِهِ هُوَ وَابْنُهَا: إِنَّ الْمُكَاتَبَ إِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ كِتَابَتَهُ، اقْتَسَمَا مِيرَاثَهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَإِنْ أَدَّى كِتَابَتَهُ ثُمَّ مَاتَ، فَمِيراثُهُ لابْنِ الْمَرْأَةِ، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ مِنْ مِيرَاثِهِ شَيْءٌ.

قال أبو عمر: هَذا لأَنَّهُ إذا مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ، مَاتَ عَبْداً، فَوَرِثَهُ عَنْهُما وَرَثتها؛ وَهُمُ ابْنُها وَزَوْجُها، كَسَائِرِ مَالِها، وَأَمَّا إِذَا أَدَّى كِتَابَتَهُ، وَقَدْ لَحِقَ بِأَحْرارِ المُسْلِمِينَ، وَلاؤه لِسَيِّدَتِهِ إِلى عَقْدةِ كِتَابَتِهِ، وَعَنْها يُورثُ إِلى وَلائِهِ، فَإِنْ مَاتَ، لَمْ يرثْ وَلاءهُ إلا عصبةُ سَيِّدَتِهِ دُونَ ذَوِي الفُرُوضِ مِنْ وَرَثَتِها.

وَعَلى هَذا جُمْهُورُ الفُقَهاءِ، وَسَيَأْتِي هَذا المَعْنى فِي بَابِ الوَلاءِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

قَالَ مَالِكٌ[3] فِي الْمُكَاتَبِ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ قَالَ: يُنْظَرُ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ إِنَّمَا أَرَادَ الْمُحَابَاةَ: لِعَبْدِهِ، وَعُرِفَ ذَلِكَ مِنْهُ بِالتَّخْفِيفِ عَنْهُ، فَلا يَجُوزُ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ إِنَّمَا كَاتَبَهُ عَلَى وَجْهِ الرَّغْبَةِ وَطَلَبِ الْمَالِ، وَابْتِغَاءِ الْفَضْلِ وَالْعَوْنِ عَلَى كِتَابَتِهِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ.

قال أبو عمر: كِتَابَةُ المُكَاتَبِ لِعَبْدِهِ جَائِزَةٌ عَنْدَ مَالِكٍ، مَا لَمْ يُرِدْ بها المُحابَاةَ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ يَجُوزُ لَهُ فِي مَالِهِ أَمْرٌ يتلفُ بِهِ شَيْءٌ مِنْهُ دُونَ عِوَضٍ، وَإِنَّما يقدمُ مِنْهُ عَلى نَفْسِهِ بِالمَعْرُوفِ حَتَّى يُؤَدِّيَ، فَيَعْتِقَ.

وَأَجَازَ كِتَابَةَ المُكَاتَبِ لِعَبْدِهِ؛ سُفْيانُ الثَّوريُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ،

---

(١) الموطأ، ص٧٨٩. (٢) انظر الحاشية السابقة. (٣) انظر الحاشية ما قبل السابقة.

وَالأَوْزَاعِيُّ؛ لأَنَّها عَقْدُ مُعاوضَةٍ وَطلبُ فَضْلٍ، وَإِنْ عجزَ، كَانَ رَقِيقاً بِحَالِهِ.

وَلِلشَّافِعِيِّ فِيها قَوْلانِ؛ أَحَدُهُما، جَوازُها، وَالثَّانِي إِبْطَالُهَا؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ قَالَ: «الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، «وَلا وَلاء لِلْمُكَاتَبِ».

قَالَ مَالِكٌ[1] فِي رَجُلٍ وَطِىءَ مُكَاتَبَةً لَهُ: إِنَّهَا إِنْ حَمَلَتْ فَهِيَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَتْ كَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ، وَإِنْ شَاءَتْ قَرَّتْ عَلَى كِتَابَتِهَا، فَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ، فَهِيَ عَلَى كِتَابَتِهَا.

قال أبو عمر: عِنْدَ غَيْرِ يَحْيى فِي هَذا المَوْضع قَالَ مَالِكٌ: لا يَنْبَغِي أَنْ يَطَأَ الرَّجُلُ مُكَاتَبَتَهُ، فَإِنْ جَهِلَ وَوَطِىءَ، ثُمَّ ذَكَرَ المَسْأَلَةَ هَذِهِ بِعَيْنِهَا.

وَلا خِلافَ فِي ذَلِكَ عِنْدَ مَالِكٍ وَأَصْحابِهِ.

وَهُوَ قَولُ جُمْهُورِ الفُقَهاءِ، أَئِمَّةِ الفَتْوى.

وَقَدْ كَانَ سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ يُجِيزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلى مُكَاتَبَتِهِ وَطْأَهَا، وَتَابَعَهُ أَحْمَدُ بْنِ حَنْبَلٍ، وَدَاوُدُ؛ لأَنَّها مِلْكُهُ، يَشْتَرِطُ فِيها مَا شَاءَ قَبْلَ العِتْقِ قِيَاساً عَلى المُدَبَّرَةِ.

وَحُجَّةُ سَائِرِ الفُقَهاءِ، أَنَّهُ وَطْءٌ تَقَعُ الفُرْقَةُ فِيهِ إِلى أَجَلٍ آتٍ لا مَحالَةَ، فَأَشْبَهَ نِكَاحَ المُتْعَةِ.

وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ الحَسَنُ البَصْرِيُّ وَابْنُ شِهابٍ، وَقَتَادَةُ، والثَّورِيُّ، وَمَالِكٌ، وَالأَوْزَاعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، والشَّافعيُّ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَأَبُو سَعِيدٍ، وَأَبُو الزِّنادِ، وَالحَسَنُ بْنُ صَالِحِ بْنِ حيّ.

وَاخْتُلِفَ فِيهَا عَنْ إِسْحاقَ؛ فَرُوِيَ عَنْهُ مِثْلُ قَوْلِ أَحْمَدَ، وَرُوِيَ عَنْهُ مِثْلُ قَوْلِ الجَماعَةِ، وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ إذا عَجَزَتْ، حَلَّ لَهُ وَطْؤُهَا.

فَأَمَّا الرِّوَايَةُ عَنْ سَعِيدٍ؛ فَذكَرَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، قَالَ: حدَّثني عَبْدُ الصَّمدِ بْنُ عَبْدِ الوَارِثِ، قالَ: حدَّثني أَبِي، قالَ: حدَّثني يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، أَنَّهُ كَانَ لا يَرى بَأْساً أَنْ يشترطَ عَلى مُكَاتَبَتِهِ أَنْ يَغْشَاهَا حَتَّى تُؤَدِّيَ كِتَابَتَهُ.

وَاخْتَلَفُوا فِيما عَلَيها إِذا وَطِئَها؛ فَقالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ، وَأَبُو الزِّنادِ: إِنْ طَاوَعَتْهُ، فَلا شَيْءَ لَها، وَإِنِ اسْتَكْرَهَها جُلِدَ، وَغرمَ لَها صَداقَ مِثْلِها، فَإِنْ حَمَلَتْ، كَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ، وَبَطَلَتْ كِتَابتُها.

وَقالَ سُفْيانُ الثَّوريُّ، وَمَالِكٌ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَالحَسَنُ بْنُ صَالحٍ، وَالشَّافعيُّ: لا

---

(١) الموطأ، ص٧٨٩.

حَدَّ عَلَيهِ إِنْ وَطِئَها كَارِهَةً، أو مُطاوعَةً، إلا أنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ: إِنْ كَانَ جاهِلاً عُزِّرَ، وَإِنْ كَان عَالِماً، عُذِرَ.

وَقَالَ مَالِكٌ إِنِ اسْتَكْرَهَها، عُوقِبَ لاسْتِكْرَاهِهِ إِيَّاهَا.

وَقَالَ الحَسَنُ، والزهريُّ: مَنْ وَطِيءَ مُكَاتَبَتَهُ، فَعَلَيهِ الحَدُّ.

وَقَالَ الأَوْزَاعِي: يُجْلَدُ مائَةَ جَلْدَةٍ، بِكْراً كَانَ، أو ثَيِّباً، وَتُجْلَدُ الأَمَةُ خَمْسِينَ جَلْدَةً.

وَقالَ قَتادَةُ: يُجْلَدُ مائةً، إلا سَوْطاً.

وَقالَ أحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: إِنْ وَطِيءَ مُكَاتَبَتَهُ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ، أُدِّبَ، وَكانَ لَها عَلَيهِ مَهْرُ مِثْلِها.

قال أبو عمر: الصَّوَابُ مَا قَالَهُ مَالِكٌ، وَمَنْ تَابَعَهُ؛ لأَنَّ كَوْنَها مَمْلُوكَةً مَا بَقِيَ] عَلَيْهَا شَيْءٌ مِنْ كِتَابَتِها شُبْهَةٌ تَدْرَأُ بِها الحَدَّ عَنْهَا، وَأَمَّا الصَّدَاقُ، فَأَوْجَبَهُ لَها مَنْ أَسْقَطَ الحَدَّ؛ سُفْيانُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، والشَّافِعِيُّ.

وَأَوْجَبَهُ لَها الحَسَنُ البَصْرِيُّ، وَقَتادَةُ، وَهُوَ مِمَّنْ يَرى الحَدَّ عَلى سَيِّدِها فِي وَطْئِها.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ: هَذا خَطَأٌ، لا يجْتمِعُ عَلَيهِ حَدٌّ وَصَدَاقٌ أبداً.

وَأَمَّا قَوْلُ مَالِكٍ فِي تَخْيِيرِهَا إذا حَمَلَتْ؛ إِنْ شَاءَتْ كَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ، وَإِنْ شَاءَتْ، مَضَتْ عَلى كِتَابَتِها، فَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ، وَالثَّوْرِيِّ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحابِهِ، وَأَحْمَدَ، وَرُوِي ذَلِكَ عَنِ الزُّهريِّ.

وَقالَ الحَكَمُ بْنُ عُتَيْبَةَ: تَبْطُلُ كِتَابَتُها إذا حَمَلَتْ، وتَعْتِقُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَلا خِيَارَ لَها.

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ؛ إِنَّ أَحَدَهُمَا لا يُكَاتِبُ نَصِيبَهُ مِنْهُ، أذِنَ لَهُ بِذَلِكَ صَاحِبُهُ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ، إلا أَنْ يُكَاتِبَاهُ جَمِيعاً؛ لأَنَّ ذَلِكَ يَعْقِدُ لَهُ عِتْقاً، وَيَصِيرُ إِذَا أَدَّى الْعَبْدُ مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ، إِلَى أَنْ يَعْتِقَ نِصْفُهُ، وَلا يَكُونُ عَلَى الَّذِي كاتَبَ بَعْضَهُ، أَنْ يَسْتَتِمَّ عِتْقَهُ، فَذَلِكَ خِلافُ مَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ».

قَالَ مَالِكٌ[2]: فَإِنْ جَهِلَ ذَلِكَ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْمُكَاتَبُ، أو قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ، رَدَّ إِلَيْهِ

---

(١) الموطأ، ص٧٨٩.

(٢) الموطأ، ص٧٩٠.

الَّذِي كَاتَبَهُ، مَا قَبَضَ مِنَ المُكَاتَبِ، فَاقْتَسَمَهُ هُوَ وَشَرِيكُهُ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمَا، وَبَطَلَتْ كِتَابَتُهُ، وَكَانَ عَبْداً لَهُمَا عَلَى حَالِهِ الأُولَى.

قال أبو عمر: احْتَجَّ مَالِكٌ، رَحمهُ اللَّهُ، لِمَذْهَبِهِ فِي هَذِهِ المِسْأَلَةِ بِما فِيهِ كِفَايَةٌ.

وَأَمَّا اخْتِلافُ الفُقهاءِ فِيها؛ فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ اخْتلفَ قَولهُ فِي كِتَابَةِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ حصَّته مِنْ عَبْدٍ بَيْنَهُما بِإِذْنِ شَرِيكِهِ.

وَذكرَ المزنيُّ، عَنِ الشَّافعيِّ، قَالَ: لا يَجُوزُ أَنْ يُكاتبَ أَحَدٌ بَعْض عَبْدٍ إلا أَنْ يَكُونَ باقِيهِ حُراً؛ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يعْتقَ بَعْضاً مِنْ عَبْدٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ إِذْنِ الشَّرِيكِ؛ لأنَّ المُكاتَبَ لا يمْنعُ مِنَ السعي والاكْتِسابِ، قالَ: ولا يَجُوزُ أَنْ يُكاتِباهُ مَعاً، حَتَّى يَكُونَا فِيهِ سَواءً.

قال أبو عمر: وَافَقَ مَالِكا مِنْ هَذِهِ الجُملةِ، في أَنَّهُ لا يُكاتبُ عَبْداً بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ، وَلا بِغَيْرِ إِذْنِهِ.

قَالَ المزنيُّ: وَقالَ فِي كِتَابِ «الإِمْلاءِ»، عَلى مُحمدِ بْنِ الحَسَنِ: وَإِذَا أَذِنَ أَحَدُهما لِصاحِبِهِ أنْ يُكاتِبَهُ، فَالكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَلِلَّذِي يُكَاتِبُهُ أَنْ يَختَدمَهُ يَوْماً وَيُخَلِّيهُ وَالكَسْب يَوْماً، فَإِنْ أَبرأَهُ مِمَّا عَلَيهِ، كَانَ نصِيبُه حُرّاً، وَقُوِّمَ عَليهِ البَاقِي، وَعتقَ إِنْ كانَ مُوسِراً، ورقَّ إِنْ كَانَ مُعْسِراً.

وَاخْتارَ المزنيُّ القَوْلَ الأَوَّلَ لِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ، فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، لَو كَانَتْ كِتَابَتُها فِيهِ سَوَاءً، فَعَجَّزَهُ أَحَدُهما وَأَنْظرَهُ الآخَرُ، فُسِخَتِ الكِتَابَةُ بَعْدَ ثُبُوتها، حَتَّى يَجْتَمِعا على الإِقَامَةِ عَلَيْها.

قَالَ المزنيُّ: فَالابْتِدَاءُ بِذَلِكَ أولى.

قالَ المزنيُّ: وَلا يَخْلُوا أَنْ تَكُونَ كِتَابَةُ نصِيبِهِ كَبَيْعِهِ إِيَّاهُ، فَلا مَعْنى لإِذْنِ شَرِيكِهِ.

وَذكرَ الطَّحَاوِيُّ، أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ كَانَ يَقُولُ: إِذا كَاتَبَ نَصِيبَهُ مِنَ العَبْدِ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، كَانَتِ الكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَكانَ مَا أَدَّاهُ المُكَاتَبُ إِلى الَّذِي كَاتَبَهُ يرْجِعُ فِيهِ الَّذِي لَمْ يُكَاتِبْ عَلى الَّذِي كَاتَبَ، فَيَأْخُذُ مِنْهُ نِصْفَهُ، ثُمَّ يَرْجِعُ الَّذِي كَاتَبَ بِذَلِكَ عَلى المُكَاتَبِ، فَيَسْأَلُهُ فِيهِ، قَالَ: وَمَنْ كَاتَبَ عَبْداً لَهُ؛ بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخرِينَ، وَكانَ نِصفُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ، كَانَ لِشَرِيكِهِ إِبْطالُ ذَلِكَ، مَا لَمْ يَرُدَّ العَبْدُ إِلى مَوْلاهُ الَّذِي كَاتَبَهُ مَا كَاتَبَهُ عَلَيهِ، فَإِنْ لَمْ يبْطلِ المَوْلى الَّذِي لَمْ يُكَاتِبْهُ المُكَاتَبَةَ حَتَّى أَدَّاها العَبْدُ إِلى الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيها، فَإِنَّهُ قَدْ عتقَ نَصِيبهُ بِذَلِكَ.

وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ: إِنْ كَانَتِ المُكَاتَبَةُ وَقَعَتْ عَلى العَبْدِ كُلِّهِ، كَانَ لِلَّذِي لَمْ

يُكَاتِبْهُ أنْ يَرْجِعَ عَلى الَّذِي كَاتَبَهُ بِنِصْفِ مَا قبضَ مِنَ العَبْدِ، فَأَخَذَهُ مِنْهُ، ثُمَّ يَرْجِعُ حُكْمُ العَبْدِ إلى حُكْم عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ؛ أَعْتَقَهُ أَحدُهما، وَلا يَرْجِعُ المولى الَّذِي كَاتَبَ عَلى المُكَاتَبِ بِشَيْءٍ مِن ما أَخَذَهُ مِنْهُ شَرِيكُهُ قالَ: وَإِنْ كَانَتِ المُكاتَبَةُ وَقَعَتْ عَلى نَصِيبِهِ مِنَ العَبْدِ، كَانَ الجَوَابُ كَذَلِكَ أَيضاً، غَيْرَ أَنَّهُ يَكُونُ لِلْمُكاتِبِ أنْ يَرْجعَ عَلى العَبْدِ بِما أَخَذَهُ مِنْهُ شَرِيكُهُ، فَيَسْتَسْعِيَهُ فِيهِ.

وَقالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ: سَوَاءٌ كَانَتِ المُكَاتَبَةُ وَقَعَتْ مِنَ السَّيِّدِ عَلى كُلِّ العَبْدِ، أَو عَلَى نَصِيبِهِ مِنَ العَبْدِ، وَهُوَ كَما قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِيها: إذا وَقعَتْ عَلى العَبْدِ.

وَذكرَ الخرقيُّ، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبلٍ، قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ نِصْفَ عَبْدٍ؛ فَأَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيهِ وَمثلهُ لِسَيِّدِهِ الَّذِي لَمْ يُكَاتِبْهُ، كَانَ نِصْفُهُ حُرّا بالكِتَابَةِ، إنْ كَانَ الَّذِي كَاتَبَهُ مُعْسراً، وَإِنْ كَانَ مُوسِراً، أَعْتقَ كُلُّهُ، وَكَانَتْ نِصْفُ قِيمَتِهِ عَلى الَّذِي كَاتَبَ لِشَرِيكِهِ.

هَذا يَدُلُّ عَلى أَنَّ مَذْهَبَهُ جَوَازُ الكِتَابَةِ لأحدِ الشَّرِيكَيْنِ فِي نَصِيبِهِ بإِذْنِ شَرِيكِهِ وَتَغْيير إِذْنِهِ.

وَذكرَ إِسْحاقُ بْنُ مَنْصُورٍ، قَالَ: قِيلَ لأَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ: إنَّ سُفْيانَ سُئِلَ عَنْ عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ؛ كَاتَبَ أَحَدُهما نَصِيبَهُ مِنْهُ، قال أَكْرَهُ ذَلِكَ، قِيلَ: فَإِنْ فعلَ، قَالَ: أَردُّهُ، إلا يَكُون نفذهُ، فَإِنْ [كَانَ نفذَهُ] ضَمِنَ فأخذَ شَرِيكُهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ يبيعُ هَذا المُكَاتَبُ بِما أَخَذَهُ مِنْهُ وَيضْمنُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ القِيمَةِ إنْ كَانَتْ لَهُ مَالٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، اسْتَسْعَى العَبْد، فَقالَ أَحْمَدُ: كِتَابَتُهُ جَائِزَةٌ، إلا مَا كسبَ المُكَاتَبُ، أخذَ الآخَرُ نِصْفَ مَا كَسَبَ وَاسْتَسْعَى العَبْد.

قَالَ إِسْحاقُ: هُوَ كَما قَالَ أَحْمَدُ؛ لأَنَّا نلْزمُ السّعاية العَبْدَ إذا كَانَ بَيْنَ اثْنَيْنِ؛ فَكاتَبَهُ أَحَدُهُما، فَلَمْ يُؤَدِّ إِليهِ كُلَّ مَا كَاتَبَهُ عَلَيهِ حَتَّى أعتقَ الآخرُ نَصِيبَهُ، وَهُوَ مُوسِرٌ، وَقَدْ صَارَ العَبْدُ كُلُّهُ حُرّا، وَيرْجعُ الشَّرِيكُ عَلى المُعْتِقِ بِنِصْفِ قيمته.

قال أبو عمر: هَذا عَلى أَصْلِ أَحْمَدَ، فِي إِجَارَتِهِ بَيْعَ المُكَاتَبِ وَكَانَ الحَكَمُ بْنُ عُتَيْبَةَ يُجِيزُ كِتَابَةَ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ حصّتهُ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ.

وَهُوَ قَولُ ابْنِ أَبِي لَيْلى؛ وَقَالَ ابنُ أَبي لَيلى: وَلَو أَنَّ الشَّرِيكَ الَّذِي لَمْ يُكَاتِبْ أَعْتقَ العَبْد، كَانَ عتقُهُ بَاطِلاً، حتَّى ينْظرَ مَا تَؤولُ إِليهِ حَالُ المُكاتَبِ، فَإِنْ أَدَّى الكِتَابَةَ، عتقَ، وَضمِنَ الَّذِي كَاتَبَهُ نِصْفَ قِيمَتِهِ لِشَرِيكِهِ، وَكَانَ الوَلاءُ كُلُّهُ لَهُ.

قَالَ مَالِكٌ[1] فِي مُكَاتَبٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَنْظَرَهُ أَحدُهُما بِحَقِّهِ الَّذِي عَلَيْهِ، وَأَبِي

---

(١) الموطأ، ص٧٩٠.

الآخَرُ أنْ يُنْظِرَهُ، فَاقْتَضى الَّذِي أَبَى أَنْ يُنْظِرَهُ، بَعْضَ حقِّهِ، ثُمَّ مَاتَ الْمُكَاتَبُ، وَتَرَكَ مَا لا لَيْسَ فِيهِ وَفَاءٌ مِنْ كِتَابَتِهِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: يَتَحَاصَّانِ[2] بِقَدْرِ مَا بَقِيَ لَهُمَا عَلَيْهِ، يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، فَإِنْ تَرَكَ الْمُكَاتَبُ فَضْلاً عَنْ كِتَابَتِهِ، أَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا بَقِيَ مِنَ الْكِتَابَةِ، وَكَانَ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا بِالسَّوَاءِ، فَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ، وَقَدِ اقْتَضَى الَّذِي لَمْ يُنْظِرْهُ أَكْثَرَ مِمَّا اقْتَضَى صَاحِبُهُ، كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَلَا يَرُدُّ عَلى صَاحِبِهِ فَضْلَ صَاحِبِهِ فَضْلَ مَا اقْتَضَى؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا اقْتَضَى الَّذِي لَهُ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، وَإِنْ وَضَعَ عَنْهُ أَحَدُهُمَا الَّذِي لَهُ، ثُمَّ اقْتَضَى صَاحِبُهُ بَعْضَ الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ، ثُمَّ عَجَزَ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا، وَلا يَرُدُّ الَّذِي اقْتَضَى عَلَى صَاحِبِهِ شَيْئاً؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا اقْتَضَى الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ، وذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ لِلرَّجُلَيْنِ بِكِتَابٍ وَاحِدٍ عَلى رجُلٍ وَاحِدٍ فَيُنْظِرُهُ أَحَدُهُمَا، وَيَشِحُّ[3] الآخَرُ فَيَقْتَضِي بَعْضَ حَقِّهِ، ثُمَّ يُفْلِسُ الْغَرِيمُ عَلى الَّذِي اقْتَضَى أَنْ يَرُدَّ شَيْئاً مِمَّا أَخَذَ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: لَو أَذِنَ أَحَدُهما لِشَرِيكِهِ أَنْ يقبضَ نَصِيبَهُ، فَقبضَهُ ثُمَّ عَجز فَفِيها قَوْلانِ:

أَحَدُهما: يعْتقُ نَصِيبهُ، وَلا يَرْجِعُ عليهِ شَريكهُ، وَيُقَومُ عَلَيهِ البَاقِي، إنْ كَانَ مُوسِراً، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً، فَجَمِيعُ مَا فِي يَدِهِ لِلَّذِي يَبْقى لَهُ فِيهِ الرِّقُّ؛ لأَنَّهُ يَأْخُذُهُ بِما بَقِيَ لَهُ مِنَ الكِتَابَةِ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ وَفاءٌ، عتقَ، وَإِلا عَجزَ بِالبَاقِي، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ العَجْزِ، فَما فِي يَدَيْهِ بَيْنَهُما نِصْفَانِ يَرِثُ أَحَدُهما بِقَدْرِ الحُرِّيَةِ، والآخَرُ قدر العبُودِيَّةِ.

وَالقَوْلُ الثَّاني: لا يعْتقُ، وَيَكُونُ لِشَرِيكِهِ أنْ يرْجعَ عَلَيهِ، فَيشْرِكُهُ فِيما قبضَ؛ لأَنَّهُ أذِنَ لَهُ وَهُوَ لا يَمْلِكُهُ.

قالَ المزنيُّ: هذا أَشْبَهُ بِقَولِهِ إذاً: «المكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيهِ دِرْهَمٌ»، وَمَا فِي يَدَيْهِ مَوْقُوفٌ مَا بَقِيَ عَلَيهِ دِرْهَمٌ، فَلَيْسَ مَعْنَاهُ فِيما أَذِنَ لَهُ بِقَبْضِهِ، إلا بِمَعْنى اسْتبقي بِقَبْضِ النِّصْفِ حَتَّى اسْتوفى مِثْلهُ، فَلَيْسَ يسْتحقُّ بِالسَّبْقِ مَا لَيْسَ لَهُ.

وَروى الربيعُ، عَنِ الشَّافِعِيِّ، فِي هذِهِ المَسْأَلَةِ، قَالَ: فَإِذا كَانَ المُكَاتَبُ بَيْنَ اثْنَيْنِ؛ فَأَذِنَ أَحَدُهما لِصَاحِبِهِ بِأَنْ يقْبضَ فَقبضَهُ مِنْهُ، ثُمَّ عَجزَ المُكاتَبُ بِأَوَّلِها فَسَواءٌ وَلَهُما مَا فِي يَدَيْهِ مِنَ المَالِ نِصْفَيْنِ إنْ لَمْ يَكُنْ اسْتَوفى المَأْذُونُ لَهُ جَمِيعَ حَقِّهِ مِنَ المُكَاتَبَةِ؛ فَلَو كَانَ المَأْذُونُ لَهُ اسْتَوفى جَمِيعَ حَقِّهِ مِنَ الكِتَابَةِ، فَفِيها قَوْلانِ؛ فَمَنْ قَالَ: يَجُوزُ ذَلِكَ مَا قَبضَ، وَلا يَكُونُ لِشَرِيكِهِ أَنْ يرْجعَ، فَلِشَرِيكِهِ قبضين، شَرِيكهُ مِنْهُ حرٌ،

---

(١) انظر الحاشية السابقة. (٢) يتحاصان: أي يقتسمان. (٣) يشحّ: أي يأبى.

يُقَوَّمُ عَلَيهِ إنْ كَانَ مُوسِراً، وَإنْ كَانَ مُعْسِراً، فَنَصِيبُهُ حُرٌّ فَإنْ عجز، فَجَمِيعُ مَا فِي يَدَيْهِ لِلَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيهِ الرِّقُّ، وَإنَّما جعلْتُ ذَلِكَ لَهُ؛ لأنَّهُ تأخذُ لَهُ بما يَبْقى لَهُ فِي الكِتَابَةِ إنْ كَانَ لَهُ فِيهِ وَفاءٌ، عتقَ بِهِ، وَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِي وَفاءٌ، أخذَه بِما بَقِيَ لَهُ فِي الكِتَابَةِ، وَعَجزهُ بِالبَاقِي، وَإنْ مَاتَ فَالمالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ؛ يَرثُهُ بِقَدْرِ الحُرِّيَّةِ الَّتِي فِيهِ ويَأخذُ هَذا مَالَهُ بِقَدْرِ العُبُودِيَّةِ.

وَالقَوْلُ الثَّانِي: لا يعْتقُ وَيَكُونُ لِشَرِيكِ أنْ يرْجعَ عَلَيه فَيشرُكُهُ فِيما أَذِنَ لَهُ بِهِ؛ لأنَّهُ أَذِنَ لَهُ بِهِ، وَهُو لا يملكه، وَإذْنُه لَهُ بِالقَبْضِ وَغَيرِ إذْنِهِ سَوَاءٌ؛ فَإنْ قَبضَهُ، لَمْ يَتْرُكْهُ لَهُ، فَإنَّما هِيَ هِبَةٌ وَهَبَها لَهُ، يَجُوزُ إذاً قَبْضَهَا.

قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ محمدٍ القزوينيُّ: إنَّما جعلَ الشَّافعيّ لِلَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيهِ الرِّقُّ أنْ يَسْتَأْذِنَ مِنْهُ الكِتَابَةَ، فَإنْ عَجزَ، كَانَ مَا فِي يَدَيْهِ مِنَ المَالِ لَهُ، يَأْخُذُهُ بِما بَقِيَ مِنَ الكِتَابَةِ عَلَيهِ، وَلَيْسَ لِهَذَا الَّذِي قَدْ عَتَقَ نِصْفُهُ أنْ يَقُولَ بِالعَجْزِ: لِي نصْف مَا فِي يدِكِ؛ لأنَّ نِصْفي حُرٌّ، وَلَكِنْ يَأْخذُهُ سَيِّدُهُ الَّذِي لَهْ فِيهِ الرِّقُّ بِحقِّهِ مِنَ الكِتَابَةِ، فَإنْ [كَانَ] فِيهِ وَفاءٌ، عتقَ، وَإلا كَانَ التَّعْجِيزُ بَعْدَ ذَلِكَ.

وَذكرَ البخاريُّ، عَنْ أبي حَنِيفَةَ وَأصْحَابِهِ قالَ: وَإنْ كَانَتِ المُكاتَبةُ وَقَعَتْ مِنَ الَّذِي كَاتَبَ بِإذْنِ شَرِيكِهِ فِي ذَلِكَ، وَفِي قَبْضِ المُكاتَبةِ، لَمْ يَكُنْ لِشَرِيكِ الَّذِي لَمْ يكاتِبْ أنْ يَرْجعَ عَلى الَّذِي كَاتبَ بِشَيْءٍ مَا يقْبضُهُ مِنَ المُكَاتَبةِ، إذا قَبضَ المكاتَبُ جَمِيعَ الكِتَابةِ، عتقَ المُكاتَبُ، وَهُوَ حكْمُهُ كَحُكْم عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أعْتَقَهُ أحَدُهُما.

٢ ـ باب الحمالة(١) في الكتابة

١٥٠١ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأمْرُ المُجْتَمعُ عَلَيْهِ عِنْدَنا؛ أنَّ الْعَبِيدَ إذَا كُوتِبُوا جَمِيعاً، كِتَابَةً وَاحِدَةً، فَإنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلاءُ(٢) عَنْ بَعْضٍ، وإنَّهُ لا يُوضَعُ عَنْهُمْ، لِمَوْتِ أَحَدِهِمْ، شَيْءٌ، وَإنْ قَالَ أَحَدُهُمْ: قَدْ عَجزْتُ، وَألْقى بِيدَيْهِ، فَإنَّ لأصْحَابِهِ أنْ يَسْتَعْمِلُوهُ فِيمَا يُطِيقُ مِنَ الْعَمَلِ، وَيَتَعَاوَنُونَ بِذَلِكَ فِي كِتَابَتِهِمْ، حَتَّى يَعْتِقَ بِعِتْقِهِمْ، إنْ عَتَقُوا، وَيرِقَّ بِرِقِّهِ، إنْ رَقُّوا.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ الفُقهاءُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ؛ فَرَوى فِيها سُفْيانُ كَقَوْلِ مَالِكٍ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُ: لا يَكُونُ لعبيد إذا كَاتَبَهُم سَيِّدُهُم كِتَابَةً وَاحِدَةً، حَملاً

---

(١) الحمالة: أي الضمان، وحمل، ضمن.

١٥٠١ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤، من كتاب المكاتب، باب ٢ (الحمالة في الكتابة).

(٢) حملاء: أي ضامنون.

بَعضهم عَنْ بَعْضٍ، إلا أنْ يُكاتبَ الرَّجُلُ عَبْدَيْه كِتابَةً وَاحِدَةً مَعلُومَةً، وَيشترطَ عَلَيهما أنَّها إنْ أدَّيَا، عتقَا، وَإِنْ عَجزَا، رُدَّا فِي الرِّقِّ، فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ عَلَيْهما، لَمْ يَكُونَا حَمِيلَيْنِ بَعْضهما عَنْ بَعْضٍ، فَإِنِ اشْتَرَطَ ذَلِكَ فِي عَقْدِ الكِتَابَةِ، كَانَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَأْخُذَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُما بِالكِتَابَةِ كُلِّها فأَيُّهُمَا أَدَّاها إليهِ، عتقَ، وعتقَ صَاحِبُهُ، وَكانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ على صَاحِبِهِ [بِحَصَّتِهِ مِنها، وَكَذَلِكَ مَا أَدَّاهُ مِنَ الكِتَابَةِ فِي شَيْءٍ، كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجعَ عَلى صَاحِبِهِ] بِشَيْءٍ، وَلَو لَمْ يشْتَرِطْ فِي الكِتَابَةِ أَنَّهُما إذا أَدَّيَا عتقَا، وَإِنْ عَجزَا، ردَّا، وَكَاتَبَهُما عَلى الكراء وَشَيْءٍ مَعْلوم، وَلَمْ يَذْكُرْ شَيْئاً غَيْرَ ذَلِكَ، كَانَتِ الكِتَابَةُ جَائِزَةً، وَكانَ عَلى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما إلا بِالشَّرْطِ.

وَهَذا لا أَعْلَمُ فِيه خِلافاً، أَنَّ أَوْلادَهُ عَبيدٌ لِسَيِّدِهِ، لَيسوا تَبعاً لَهُ عِنْدَ عَقْدِ كِتَابَتِهِ، وَإِنَّما يَكُونُ تَبعاً لَهُ إذا تَسَرَّى، وَهُوَ مُكَاتَبٌ، ثُمَّ وُلِدَ لَهُ مِنْ سَرِيَّتِهِ، وَهَؤُلاءِ يَدْخُلُونَ مَعَهُ بلا شَرْطٍ، وَلَو وُلِدُوا لَهُ مِنْ سَرِيَّتِهِ قَبْلَ الكِتَابَةِ، لَمْ يَدْخُلُوا فِي كِتَابَتِهِ، إلا أَنْ يدْخلَهم بِالشَّرْطِ مَعَ نَفْسِهِ فِي كِتَابَتِهِ.

فَهذا مَذْهبُ جُمْهُورِ العُلَمَاءِ مِنَ أَهْلِ الحِجَازِ، وَالعِرَاقَ.

وَذكرَ عَلِيُّ بنُ المدينيُّ، وَأَبُو بَكْرِ بْنِ أبي شَيْبَةَ، عَنْ أبي مُعاوِيَةَ، عَنِ الأَعْمَشِ، عَنِ إِبْرَاهِيمَ في رَجُلٍ كَاتَبَ غُلامَهُ، ثُمَّ أطلعهُ بَعْدَ الكِتَابَةِ أن لَهُ سرية وولد، فسريته فيما كانت عليه، وولده رقيق للسيد الذي كاتبه.

وَقالَ عَطاءٌ، وَعَمْرُو بْنُ دِينارٍ؛ وَسُليمانُ بْنُ موسى: لا يَكُونُ أَحدُ العَبِيدِ المُكَاتَبُ حَملاً عَنْ غَيرِهِ سواء قَالَ سَيِّدُهُ وَاشْتَرَطَهُ أَمْ لا؛ لأَنَّهُ إِنْ عَجزَ، عَادَ عَبْداً، فَلَيْسَ دَيْنُهُ بِلازِمٍ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَلا يَجوزُ عِنْدَهُ أنْ يحتملَ أَحَدُ العَبِيدِ عَنْ صَاحِبِهِ شَيْئاً مِنَ الكِتَابَةِ الَّتِي أَكْرِهُوا عَلَيها، قَالَ: فَإِنِ اشْتَرطَ ذَلِكَ عَلَيهم السَّيِّدُ، فَالكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَو كَانَتْ ثَلاثَةُ أَعْبُدٍ لَهُ كِتابةً وَاحِدَةً على مائَةٍ منجمة في سنين، على أَنَّهُم إذا أَدَّوا أُعْتِقُوا، كَانَتْ جَائِزَةً فَالمائة مَقْسُومَةٌ عَلى قِيمَتِهم يَومَ كُوتِبُوا، فَأَيُّهم أدَّى حِصَّتَهُ إذا عتقَ عجزَ، وَأَيُّهم عجزَ، رقَّ، وَأَيُّهم مَاتَ قَبْلَ أنْ يُؤَدِّيَ، مَاتَ رَقِيقاً، كَانَ لَهُ وَلَدٌ أو لَمْ يَكُنْ.

قالَ: وَإِنْ أَدَّى أَحَدُهُمْ عَنْ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ، وَيرجعُ عَلَيْهِ، وَإِنْ تَطوَّعَ، وَعتقُوا، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ.

قال أبو عمر: عَلى قَوْلِ مَالِكٍ؛ مَنْ مَاتَ مِنَ الَّذِينَ كُوتِبُوا كِتَابَةً وَاحِدَةً، لَمْ تَسْقُطْ حِصَّتُهُ مِنَ الكِتَابَةِ، وَكَذَلِكَ لَو عَجزَ عَنِ السَّعْي، وَعَلى البَاقِينَ السَّعْيُ فِي جميعِ

الكِتَابَةِ حَتَّى يُؤَدُّوها، وَإِنْ لَمْ يُؤَدُّوها، عَجزُوا، ورَجَعُوا رَقِيقاً وغَيرُ الشَّافِعِيِّ يسْقِطُ حِصَّةَ المَيِّتِ مِنَ الكِتَابَةِ، وَيَسْعى البَاقُونَ فِي حِصَصِهم لا غَيْرُ، وَعَلى كِلا القَوْلَيْنِ جَماعَةٌ مِنَ السَّلَفِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأمْرُ الْمُجْتَمعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا؛ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ، لَمْ يَنْبغِ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَتَحَمَّلَ لَهُ، بِكِتَابَةِ عَبْدِهِ، أَحَدٌ، إِنْ مَاتَ الْعَبْدُ أَوْ عَجزَ، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِنْ تَحَمَّلَ رَجُلٌ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ، بِمَا عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، ثُمَّ اتَّبَعَ ذَلِكَ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ قِبَلَ الَّذِي تَحَمَّلَ لَهُ، أَخَذَ مَالَهُ بَاطِلا، لا هُوَ ابْتَاعَ الْمُكَاتَبَ، فَيَكُونَ مَا أُخِذَ مِنْهُ مِنْ ثَمَنِ شَيْءٍ هُوَ لَهُ، وَلا الْمُكَاتَبُ عَتَقَ، فَيَكُونَ فِي ثَمَنِ حُرْمَةٍ ثَبَتَتْ لَهُ، فَإِنْ عَجزَ الْمُكَاتَبُ رَجعَ إِلَى سَيِّدِهِ، وَكَانَ عَبْداً مَمْلُوكاً لَهُ، وَذَلِكَ أَنَّ الْكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِدَيْنٍ ثَابِتٍ يُتَحَمَّلُ لِسَيِّدِ الْمِكَاتَبِ بِهَا، إِنَّما هِيَ شَيْءٌ، إِنْ أَدَّاهُ الْمُكَاتَبُ عَتَقَ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، لَمْ يُحَاصَّ الْغُرَمَاءَ سَيِّدُهُ بِكِتَابَتِهِ، وَكَانَ الْغُرَمَاءُ أَوْلى بِذَلِكَ مِنْ سَيِّدِهِ، وَإِنْ عَجزَ الْمُكَاتَبُ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ، رُدَّ عَبْداً مَمْلُوكاً لِسَيِّدِهِ، وَكَانَت دُيُونُ النَّاسِ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ، لا يَدْخُلُونَ مَعَ سَيِّدِهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ثَمَنِ رَقَبَتِهِ.

قال أبو عمر: عَلى قَوْلِ مَالِكٍ، فِي هَذَا أَنَّ الحمَالَةَ لا تَصِحُّ عَلى غَيْرِ المُكَاتَبِ لِسَيِّدِهِ لِسَيِّدِهِ جُمْهُورُ أَهْلِ العِلْمِ؛ وَهُوَ قَولُ الثَّوْرِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَحْمَدَ، وَقَدِ احْتجَّ كَذَلِكَ مَالِكٌ فَأَحْسَنَ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ ابْنِ جُرِيجٍ، عَنْ عَطاءٍ، نَحو قَوْلِ مَالِكٍ وَاحْتِجاجِهِ.

وَكانَ الزُّهريُّ، وَابْنُ أبي لَيْلى، يُجِيزَانِ الحمالَةَ عَنِ ابْنِ المِكَاتَبَةِ.

وَبِهِ قَالَ إِسْحاقُ.

قال أبو عمر: فَإِنْ تَحملَ آخرُ بِالكِتَابَةِ، فَالحمالَةُ بَاطِلٌ عِنْدَ مَالِكٍ، وَابْنِ القاسمِ، وَالكِتَابَةُ صَحِيحَةٌ.

وَقالَ أَشْهَبُ: الحمالَةُ بَاطِلٌ؛ فَالسَّيِّدُ يُخيّرُ فِي إِمْضاءِ الكِتَابَةِ بِلا حمالَةٍ، أو ردِّها.

وأمَّا قَولُهُ: «إِنْ مَاتَ المُكَاتَبُ، لَمْ يحاصَّ السَّيِّدُ الغُرماءَ»؛ يَعْنِي بِمَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ، أو بِما حملَ مِنْ نُجُومِهِ فَهُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَصْحابِهِما، وَهُوَ قَولُ أَهْلِ المَدِينَةِ، وَالبَصْرَةِ.

وَقالَ شُرِيحٌ، والشَّعبيُّ، وَإِبْرَاهِيمُ، وَالحَكَمُ، وَحمَّادٌ، وَسُفيانُ، وَالحَسَنُ بْنُ

---

(١) الموطأ، ص٧٩١.

حيّ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى، وَشريكٌ: يضربُ السَّيِّدُ مَعَ الغُرماءِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: إِذَا كَاتَبَ الْقَوْمُ جَمِيعاً كِتَابَةً وَاحِدَةً، وَلا رَحِمَ بَيْنَهُمْ يَتَوارثُونَ بِهَا، فَإِنْ بَعْضَهُمْ حُمَلاءُ عَنْ بَعْضٍ، وَلا يَعْتِقُ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ حَتَّى يُؤَدُّوا الْكِتَابَةَ كُلَّها، فَإِنْ مَاتَ أَحَدٌ مِنْهُمْ وَتَرَكَ مَالاً هُوَ أَكْثَرُ مِنْ جَمِيعِ مَا عَلَيْهِمْ، أُدِّي عَنْهُمْ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِمْ، وَكَانَ فَضْلُ الْمَالِ[2] لِسَيِّدِه، وَلَمْ يَكُنْ لِمَنْ كَاتَبَ مَعَهُ مِنْ فَضْلِ الْمَالِ شَيْءٌ، وَيَتْبَعُهُمُ السَّيِّدُ بِحِصَصِهِمْ الَّتِي بَقِيَتْ عَلَيْهِمْ، مِنَ الْكِتَابَةِ الَّتِي قُضِيَتْ مِنْ مَالِ الْهَالِكِ، لأَنَّ الْهَالِكَ إِنَّما كَانَ تَحَمَّلَ عَنْهُمْ، فَعَلَيْهِمْ أَنْ يُؤَدُّوا مَا عَتَقُوا بِهِ مِنْ مَالِهِ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُكَاتَبِ الْهَالِكَ وَلَدٌ حُرٌّ لَمْ يُولَدْ فِي الْكِتَابَةِ، وَلَمْ يُكَاتَبْ عَلَيْهِ، لَمْ يَرِثْهُ؛ لأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَمْ يُعْتَقْ حَتَّى مَاتَ.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ العَبِيدَ إِذا كَاتَبَهُمْ سَيِّدُهُم كِتَابَةً وَاحِدَةً، فَهُمْ عِنْدَ مَالِكٍ حُمَلاءُ بَعْضهم عَنْ بَعْضٍ، وَسَواءٌ كَانَتْ بَيْنَهُم رحمٌ يَتَوارَثُون بِها أَو لَمْ تَكُنْ، إلا أَنَّ الَّذِينَ بَيْنَهُم رَحمٌ يَتوارَثُونَ بها، إِذا مَاتَ أَحَدُهم، وَترِكَ مِنَ المَالِ أَكْثَرَ مِمَّا تُؤَدَّى مِنْهُ الكِتَابَةُ، أُدِّيَتْ مِنْهُ، وَمَا فضلَ وَرِثُوهُ عَنْهُ بِأَرْحَامِهِمْ، وَبِأَنَّهُمْ مُساوُونَ فِي الحَالِ، وَلا يرثُهُ الوَلَدُ الحُرُّ؛ لأَنَّهُ مَاتَ عَبْداً.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ، لا يرثُهُ أَحَدٌ مِنْ وَرَثَتِهِ كَانُوا مَعَهُ فِي الكِتَابَةِ، أو كَانُوا أَحْراراً قَبْلَ ذَلِكَ؛ لأَنَّهُم حِينَ مَاتَ عَبِيدٌ، وَمَاتَ هُوَ عَبْداً، فَمَالُهُ لِلسَّيِّدِ.

وَعِنْدَ الكُوفِيِّينَ؛ يعْتقُ مَالهُ الَّذِي ترك، وَيَرِثُهُ الأَحْرَارُ مِنْ وَلَدِهِ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ كُلِّهِ.

وَأَمَّا إِذا لَمْ تَكُنْ بَيْنَهُم رَحِمٌ يَتوارَثُونَ بِها، فَهُمْ رحماءُ عِنْدَ مَالِكٍ.

رَوى الحَكَمُ مَا وصفَ، وَهُوَ عَلى أَصْلِهِ كَلامٌ صَحِيحٌ، يَعْتِقُونَ فِي ذَلِكَ الحَالِ، وَيضمنُونَ بِهِ مَا يعْتِقُونَ مِنَ السَّيِّدِ، مِنْ أَجلِ الحمالَةِ؛ لأَنَّهُ مَالُ مُكاتَبٍ لَهُ، كانَ عَبْداً قَبلَ أَنْ يُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ، وَهُو مالُ السَّيِّدِ: بَعْدَ أَنْ يُؤَدِّيَ مِنْهُ مَا تحملُهُ عَنْ مَنْ مَعَهُ فِي الكِتَابَةِ، فيعْتقُ بِهِ، وَيغْرمُ ذَلِكَ لِلسَّيِّدِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ: فَلا يَكُونُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ عِنْدَهُ حَميلاً عَلى صَاحِبِهِ، وَالمالُ كُلُّهُ لِلسَّيِّدِ، وَيَسْعونَ فِي حِصَصِهِمْ عَلى قَدْرِ قِيَامِهِمْ، فَإِنْ أَدّوا ذَلِكَ عتقُوا بِشَرْطِ الكِتَابَةِ، وإِلا فَهُمْ عَبِيدٌ إِنْ عَجزُوا عَنِ الأَدَاءِ.

وَعِنْدَ الكُوفِيِّينَ: لا يَكُونُونَ حُملاء، إِلا أَنْ يَشْترِط ذَلِكَ عَلَيْهِم السَّيِّدُ فِي

---

(١) الموطأ، ص٧٩٢.

(٢) كان فضل المال: أي ما بقي منه.

الكِتَابَةِ، وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي مُكاتَبٍ أَو مُكَاتَبَةٍ كَاتَبَتْ عَلى بَنيها، فَأَدَّتْ جَمِيعَ الكِتَابَةِ؛ عَنْها وَعَنْهُمْ، أو أَدّى الكِتَابَةَ مِنْهُم، أَنَّهُ لا يَرْجعُ مَنْ أَدَّاها مِنْهُمْ بِشَيْءٍ عَلى غَيْرِهِ؛ لأَنَّهُ لا يَرْجعُ عَلى مَنْ يعْتقُ عَلَيهِ.

قال أبو عمر: القِيَاسُ أَنْ لا تَصِحَّ حَمالةُ المُكاتَبِينَ بَعْضِهِم عَنْ بَعْضٍ، كَما لا تَصِحَّ حمالةُ الأَجْنَبِيَّةِ عَنْهُم؛ لأَنَّ الكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِثابِتَةٍ لعوضها، بالمَوْتِ وَالعَجْزِ أَيضاً، وَلا يضربُ بِما حملَ مِنْها السَّيِّدُ مَعَ الغُرَمَاءِ، عِنْدَ جُمْهُورِ العُلَماءِ.

وَهُوَ قَول الثَّلاثَةِ الفُقهاءِ أَئِمَّةِ الفَتْوى: مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُمْ.

وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ إِذا كَانَ العَبْدُ مُكاتَباً مَا بَقِيَ عَلَيه شَيْءٌ مِنْ كِتَابَتِهِ، وَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيها، فَقَدْ مَاتَ عَبْداً؛ إِذَا لَمْ يُؤَدِّ كِتَابَتَهُ كُلَّها، وَإِذا مَاتَ عَبْداً، فَمالُهُ لِسيِّدِهِ، فَكَيْفَ يُؤَدِّي مِنْ مَالِ السَّيِّدِ عَنْ بَنِي مُكاتَبِهِ؟ وَهُمْ لَمْ يَسْتَحِقُّوا مِيراثاً، وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ العَبْدَ لا يَرِثُهُ حُرٌّ، وَلا عَبْد، وَأَنَّ مَالَهُ لِسَيِّدِهِ، وَأَجْمَعُوا أَنَّ المِيراثَ إِنَّما يُسْتَحَقُّ بِالمَوْتِ فِي حِينِهِ، فَكَيْفَ يعْتقُ منْ مَعَهُ مِنْ وَرَثَتِهِ بِالأَداءِ عَنْهُم مِنْ مَالِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ؟ وَيَرِثُونَهُ بَعْدَ؟ هَذا مُحالٌ؛ لأَنَّهُ لا يَخْلُو أَنْ يَكُونُوا أَحْراراً حِينَ مَاتَ أَبُوهُمْ، أو عَبِيداً [حِينَ مَاتَ، ثُمَّ عتقُوا بَعْدُ، فَأَحْرى أَنْ لا يَرِثُوهُ].

وَهَذا قَولُ عُمَرَ، وَابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، وَسَالِم، [والقاسم]، وَقَتَادَةَ، وَجماعَةٍ، وَهُو قَولُ [الشَّافِعِيِّ]، وَابْنِ شِهابٍ، [وَاللَّهِ المُوَفِّقُ لِلصَّوابِ].

وَقَدْ أَجْمَعَ الفُقَهاءُ أَنَّ المُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ، وَأَنَّهُ إِنْ مَاتَ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ، أَو بَعْدَ وَفَاتِهِ، وَلَمْ يَتْرُكْ وفاءً، الكِتَابَةُ أَنَّهُ مَاتَ عَبداً، وَمَا يخلفُهُ مِنْ مَالٍ، فَلِسَيِّدِهِ، وَإِنَّما وَاخْتَلَفُوا إِذا تَركَ مِنَ المَالِ وَفاءً بِالكِتَابَةِ وَفَضْلاً.

٣ ـ باب القطاعة[1] في الكتابة

١٥٠٢ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبيِّ ﷺ كانَتْ تُقَاطِعُ مُكاتِبيها بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ.

قال أبو عمر: إِنَّما ذَكَرَ مَالِكٌ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ هَذا؛ لأَنَّ ابْنَ عُمَرَ كَانَ يَنْهى أَنْ

---

(١) القطاعة: قال القاضي عياض: بفتح القاف، وكسرها: اسم مصدر قاطع، والمصدر المقاطعة، سميت بذلك لأنه قطع طلب سيد، عنه بما أعطاه، أو قطع له بتمام حريته بذلك، أو قطع بعض ماكان لي عنده.

١٥٠٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥، من كتاب المكاتب، باب ٣ (القطاعة في الكتابة).

[يقطعَ أحدٌ لِمُكَاتَبِهِ] إلا بِالعُرُوضِ، وَيراهُ مِنْ بَابِ: ضَعْ وَتَعجَّلْ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأمْرُ الْمُجْتَمعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي المُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ، فإِنَّهُ لا يَجُوزُ لأحَدِهِمَا أنْ يُقَاطِعَهُ عَلى حِصَّتِهِ، إلا بِإذْنِ شَرِيكِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْعَبْدَ وَمَالَهُ بَيْنَهُمَا، فَلا يَجُوزُ لأحَدِهِمَا أنْ يَأْخُذَ شَيْئاً مِنْ مَالِهِ إلا بِإذْنِ شَرِيكِهِ، وَلَوْ قَاطَعَهُ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ ثُمَّ حَازَ ذَلِكَ، ثُمَّ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ مَالٌ، أَوْ عَجزَ، لَمْ يَكُنْ لِمَنْ قَاطَعَهُ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أنْ يَرُدَّ مَا قَاطَعَهُ عَلَيْهِ، وَيَرْجِعَ حَقَّهُ فِي رَقَبَتِهِ، وَلَكِنْ مَنْ قَاطَعَ مُكَاتَباً بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، ثُمَّ عَجزَ الْمُكَاتَبُ، فَإنْ أَحبَّ الَّذِي قَاطَعَهُ أنْ يَرُدَّ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ مِنَ الْقِطَاعَةِ، وَيَكُونُ عَلى نَصِيبِهِ مِنْ رَقَبَةِ الْمُكَاتَبِ، كَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ، وَتَرَكَ مَالاً، اسْتَوفَى الَّذِي بَقِيَتْ لَهُ الْكِتَابَةُ، حَقَّهُ الَّذِي بَقِيَ لَهُ عَلَى الْمُكَاتَبِ مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ كَانَ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِ الْمُكَاتَبِ بَيْنَ الَّذِي قَاطَعَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ، عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمَا فِي الْمُكَاتَبِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَاطَعَهُ وَتَمَاسَكَ صَاحِبُهُ بِالْكِتَابَةِ، ثُمَّ عَجزَ الْمُكَاتَبُ، قِيلَ لِلَّذِي قَاطَعَهُ: إِنْ شِئْتَ أَنْ تَرُدَّ عَلى صَاحِبِكَ نِصْفَ الَّذِي أَخَذْتَ، وَيَكُون الْعَبْدُ بَيْنَكُمَا شَطْرَيْنِ، وَإِنْ أَبَيْتَ، فَجَمِيعُ العَبْدِ لِلَّذِي تَمَسَّكَ بِالرِّقِّ خَالِصاً.

قال أبو عمر: [ذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَم هَذِهِ المَسْأَلَةَ عَنْ مَالِكٍ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ قَاطِعٌ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ، ثُمَّ مَاتَ، فَإِنَّهُ لَمْ يَأْخُذِ الَّذِي مَا بَقِيَ مِنَ المَالِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الفَضْلَ، فَإِنْ عَجزَ، فَأَرَادَ أن يردَّ عَلَيْهِ نِصْفَ ما فَضَلَهُ، وَيَكُونُ عَلى نَصِيبِ مِنَ العَبْدِ، فَذَلِكَ لَهُ، وَالإِذْنُ وغَيْرُ الإِذْنِ سَوَاءٌ، إذا أَرَادَ أنْ يردَّ مَا يفضلهُ بِهِ، وَإِنَّما يفترقُ إِذَا أَرَادَ المُقاطعُ أَنْ يحبسَ قَاطِعهُ عَلَيهِ، ويَسلم حِصَّتَهُ فِي العَبْدِ، وَيَأبى ذَلِكَ الَّذِي لَمْ يُقاطعْ، فَذَلِكَ لِلَّذِي أَبَاهُ، وَلا يَكُونُ ذَلِكَ لِلَّذِي قَاطعَ، وَالقَوْلُ الأَوَّلُ أَحبُّ إِلَيْنَا.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ مِنْ أَصْلِ مَذْهَبِ الكُوفِيِّ، وَالشَّافِعِيِّ، فهي قَبْضِ الشَّرِيكِ مِنْ كِتَابَةِ المُكَاتَبِ دُونَ إِذْنِ شَرِيكِهِ وَبِإِذْنِهِ، وَالحُكْمُ فِي ذَلِكَ عِنْدَهُم مَا أَغْنى عَن تكْرَارِهِ هُنَا.

وَمَا قَالَهُ مَالِكٌ، فَعلى أصْلِهِ، وعَلَيهِ أَصْحابُهُ، إلا أَشْهَبَ؛ فَإِنَّهُ خَالَفَهُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ.

وَروى أشهَبُ، عَنْ مَالِكٍ، أَنَّهُ قَالَ فِي المُقاطع مِنَ الشَّرِيكَيْنِ: إذا مَاتَ المُكَاتَبُ، فَهُوَ بِالخِيَارِ؛ إِنْ شَاءَ تَمَسَّكَ بِانقطَاعِهِ، وَكَانَتْ تَرِكَهُ المُكاتَبِ لِلْمُتَمَسِّكِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّ عَلى صَاحِب نِصْفَ مَا قَاطَعَ بِهِ المُكاتب، وَكانَتِ التِركَةُ بَيْنَهُما.

---

(١) الموطأ، ص٧٩٢، ٧٩٣.

وَقال أَشْهَبُ: وَلَسْتُ أرى مَا قَالَ، وَأرى أنْ يسْتَوْفِي المُتمسكُ مَا بَقِيَ لَهُ مِنَ الكِتَابَةِ، وَالبَاقِي بَعْدَ ذَلِكَ بَيْنَهُما إنْ بَقِيَ شَيْءٌ.

وَفِي «المُدَوَّنَةِ» لابْنِ القاسمِ مِثْلُ قَوْلِ أَشْهَبَ.

وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي المُكاتَبِ يُقاطعُهُ أحَدُ سَيِّدَيْهِ، ثُمَّ يعْجزُ، أنَّهُ عَلى مَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ، فِي «مُوطَّئِهِ». هَذا إذا قَاطَعَهُ الشَّرِيكُ بِإذْنِ شريكِهِ، فَإنْ قَاطَعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، ثُمَّ عَجزَ المكاتَبُ، كَانَ الشَّرِيكُ الَّذِي لَمْ يُقاطِعْ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ ردَّ ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ أَجَازَهُ.

قَالَ أَشْهَبُ: فَإِنْ أَجَازَهُ، رَجعَ بِالخيارِ إلى المُقاطِعِ.

وَرَوى ابْنُ نَافِعٍ، عَنْ مَالِكٍ، أَنَّ المقاطعَ لا يرْجعُ فِي مَالِ المُكَاتَبِ، وَلا فِي رَقَبتِهِ، إلا يَأْخُذَ المتَمسِّكُ نِصْفَ مَا قاطَعَهُ بِهِ، وَيردَّهُ مِنْ نَصِيبِهِ إِلى رَقَبَةِ العَبْدِ إِنْ عَجزَ، أَو مِنْ مِيرَاثِهِ إِنْ مَاتَ؛ لأَنَّهُ صنعَ مَا لَمْ يَكُنْ لَهُ جَائِزا.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ (في المزني): لَو كَانَ المُكاتَبُ بَيْنَ اثْنَيْنِ؛ فَوضعَ عَنْهُ أَحَدُهما نَصِيبَهُ مِنَ الكِتَابَةِ، فَهُوَ كَعْتقِهِ، وَيُقَوَّمُ عَليهِ إنْ كَانَ مُوسراً، وَكَذَلِكَ إِنْ أَبْرَأهُ مِمَّا عَلَيهِ، وَالوَلاءُ لَهُ.

وَقَوْلُ المُغِيرَةِ فِي ذَلِكَ كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ.

[وَقالَ ابْنُ القاسمِ]: لا يعْتقُ بِذَلِكَ؛ لأَنَّهُ وضع مال.

قال أبو عمر: فِي هَذا البَابِ فِي «المُوَطَّأ» مَسَائِلُ فَمَعْناهَا، وَمَعْنى مَا تقدَّمَ سَوَاءٌ، فَلَمْ أَذْكُرْهَا.

وَأَمَّا قَوْلُهُ فِي هَذا البَابِ؛ قَالَ مَالِكٌ فِي المُكَاتَبِ يُقاطِعُهُ سَيِّدُهُ، ثُمَّ يعْتقُ، وَيكتبُ: [مَا بَقِيَ] عَلَيهِ مِنْ قِطَاعَتِهِ دَيْناً عَلَيهِ، ثُمَّ يَمُوتُ المُكَاتَبُ وعَلَيهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ؛ قَالَ مَالِكٌ: فَإِنَّ سَيِّدَهُ لا يحاصُّ غُرَماءهُ بِاللَّذِي عَلَيهِ مِنْ قِطَاعَتِهِ، وَلِغُرَمَائِهِ أَنْ يُبَدَّوْا عَلَيهِ.

قال أبو عمر: قَدْ ذَكَرْنا فِيما تَقَدَّمَ مِنْ هَذا البَابِ، أنَّ أهْلَ المَدِينَةِ، وَمكَّةَ، وَالبَصْرَةِ، وَأَبَا حَنِيفَةَ، وَأَصْحابَهُ مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ؛ قَوْلُهُمْ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ كَقَوْلِ مَالِكٍ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَالأوْزَاعِيِّ، أَنَّ غُرَماءَ المُكَاتَبِ إِذا مَاتَ، وَترِكَ مَالاً، يُبَدَّوْنَ فِي ذَلِكَ، وَلا يُحصّهم سيِّدُ المكاتب بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ عَلَيهِ مِنْ قطاعَةٍ أو نجامَةٍ.

وَإِنَّ شُرِيحاً، وَالشَّعْبيَّ، وَالحَكَمَ بْنَ عُتَيْبَةَ، وَإِبْرَاهِيمَ النخعيَّ، وَحَمَّادَ بْنَ أَبِي سُلَيْمَانَ، وَابْنَ أبي لَيْلى، وَسُفْيَانَ الثَّوْرِيَّ، وَالحَسَنَ بْنَ حيّ [بْنِ صَالِحٍ]، كَانُوا

يَقُولُونَ: يضربُ السَّيِّدُ مَعَ غُرماءِ المُكَاتَبِ بما لَهُ عَلَيهِ مِمَّا ترك مِنَ المَالِ.

قَالَ مَالِكٌ: لَيسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُقَاطِعَ سَيِّدَهُ إِذَا كانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ، فَيَعْتِقُ وَيَصِيرُ لا شَيْءَ لَهُ؛ لأَنَّ أَهْلَ الدَّيْنِ أَحَقُّ بِمَالِهِ مِنْ سَيِّدِهِ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِجَائِزٍ لَهُ.

قال أبو عمر: هَذا كَما قَالَ، وَهُوَ قَوْلُ الجُمْهُورِ الَّذِينَ يَرَوْنَ أَهْلَ الدَّيْنِ أَحَقُّ بِهِ مِنَ السَّيِّدِ؛ لأَنَّ المُكَاتَبَ إِذا قَاطَعَ سَيِّدَهُ وَهُوَ لا مَالَ عِنْدَهُ إِلا مَا قَدِ اغْتَرَقَهُ الدَّيْنُ، وَلا قُوَّةَ بِهِ عَلى الاكْتِسَابِ، فَقَدْ غَرَّهُ، وَإِذا غَرَّهُ فَقَدْ بطلَ مَا فعلَهُ مِنَ المُقَاطَعَةِ، وَعَادَ فِي رَقَبَتِهِ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي إِفْلاسِ المُكَاتَبِ؛ فَقالَ مَالِكٌ: يَأْخُذُ الغُرَمَاءُ مَا وَجَدُوا، وَلا سَبِيلَ لَهُمْ إِلى رَقَبَتِهِ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَالكُوفِيِّ.

وَقالَ سُفْيانُ الثَّورِيُّ: إِذا عَجزَ المُكَاتَبُ، وَعَلَيهِ دَيُونٌ لِلنَّاسِ، فَعلى السَّيِّدِ أَنْ يَبْتدأَهُ [إذا أَسْلمَهُ]، وَإِلا أَسْلمَهُ إِلَيْهِمْ.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يُكَاتِب عبدَهُ، ثُمَّ يُقَاطِعُهُ بِالذَّهَبِ، فَيَضَعُ عَنْهُ مِمَّا عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ، عَلَى أَنْ يُعَجِّلَ لَهُ مَا قَاطَعَهُ عَلَيْهِ: أَنَّهُ لَيْسَ بِذَلِكَ بَأْسٌ، وَإِنَّمَا كَرِهَ ذَلِكَ مَنْ كَرِهَهُ؛ لأَنَّهُ أَنْزَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ، يَكُونُ لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ إِلَى أَجَلٍ، فَيَضَعُ عَنْهُ، وَيَنْقُدُهُ وَلَيْسَ هَذَا مِثْلَ الدَّيْنِ، إِنَّمَا كَانَتْ قَطَاعَةُ الْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ، عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ مَالاً فِي أَنْ يَتَعَجَّلَ العِتقَ، فَيَجِبُ لَهُ الْمِيرَاثُ وَالشَّهَادَةُ وَالْحُدُودُ، وَتَثْبُتُ لَهُ حُرْمَةُ الْعَتَاقَةِ، وَلَمْ يَشْتَرِ دَرَاهِمَ بِدَرَاهِمَ، وَلا ذَهَباً بِذَهَبٍ، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ مَثَلُ رَجُلٍ قَالَ لِغُلامِهِ: ائْتِنِي بِكَذَا وَكَذَا دِينَاراً، وَأَنْتَ حُرٌّ، فَوَضَعَ عَنْهُ مِنْ ذَلِكَ: فَقَالَ: إِنْ جِئْتَنِي بِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَلَيْسَ هَذَا دَيْناً ثَابِتاً، وَلَوْ كَانَ دَيْناً ثَابِتاً لَحَاصَّ بِهِ السَّيِّدُ غُرَمَاءَ الْمُكَاتَبِ، إِذَا مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ، فَدَخَلَ مَعَهُمْ فِي مَالِ مُكَاتَبِهِ.

قال أبو عمر: هَذِهِ المَسْأَلَةُ فِي مَعْنى حَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ المَذْكُورِ فِي أَوَّلِ هَذا البَابِ، وَقَدِ اخْتَلَفَ العُلماءُ فِيها؛ فَكانَ ابْنُ عُمَرَ يَكْرَهُ ذَلِكَ، وَلا يُجِيزُهُ، فَخالفَ فِي ذَلِكَ أُمَّ سَلَمَةَ، وَبِقَوْلِ ابنِ عُمَرَ قَالَ فِي ذَلِكَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لأَنَّ حُكْمَ المُكاتَبِ فِي مَا يملكُهُ، غَيْرُ حُكْمِ العَبْدِ؛ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ غير نَجامَتِهِ، فَأَشْبَهَ الحُرَّ [وَالأَجْنَبِيَّ]، فِي هَذا المَعْنى.

---

(١) الموطأ، ص٧٩٤، ٧٩٥.

ذكرَ المزنيُّ، عَنِ الشَّافِعِيِّ، قَالَ: وَلَو عجلَ لَهُ بعْضَ الكِتَابَةِ؛ عَلى أنْ يُبرِّأهُ مِن البَاقِي، لَمْ يَجُزْ، وَردَّ عَلَيهِ مَا أخَذَ، وَلَمْ يعْتِقْ؛ لأنَّهُ أبْرَأَهُ مِمَّا لَمْ تَبْرَأْ مِنْهُ.

وَروى الرّبيعُ، عَنِ الشَّافِعِيِّ، قالَ: وَإنْ كَانَتْ نُجومُهُ غَيْرَ حَالةٍ، فَسأَلَهُ أنْ يُعْطِيَهُ بَعْضَها حَالاً، عَلى أنْ يُبرِّأهُ مِنَ البَاقِي، فيعْتقُ، لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ، كَما لا يَجُوزُ فِي دَيْنٍ [إلى أجلٍ] عَلى حُرٍّ أنْ يتعجَّلَ بَعْضَهُ؛ عَلى أنْ يضعَ لَهُ بَعْضاً.

وَقالَ الطَّحاويُّ، عَنِ الكُوفِيِّينَ، فِي مَنْ كَاتَبَ عَبْداً لَهُ عَلى مَالٍ [إلى أَجلٍ]، ثُمَّ صَالَحَهُ قَبْلَ حُلُولِ الأجلِ عَلى أنْ يُعَجِّلَ لَهُ بَعْضَ ذَلِكَ المَالِ وَبيرأ مِنْ بَقِيَّتِهِ، لَمْ يَجُزْ فِيما رَوى أصْحَابُ «الإمْلاءِ»، عَنْ أَبِي يُوسُفَ مِنْ قَوْلِهِ.

وَأمَّا مُحمدٌ؛ فَروى عَنْ أَبِي يُوسُفَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، أنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ.

وَاخْتَارَ الطَّحاويُّ [مَا روى أصْحابُ «الإمْلاءِ» عَنْ أَبِي يُوسُفَ].

وَقالَ ابْنُ شِهابٍ، وَربيعةُ، وَأبُو الزِّنادِ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ، [وَجَابِرٌ وَابْنُ هرمز، وَمَالِكٌ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأصْحَابُهما: ذَلِكَ جَائِزٌ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبيِّ، وَإِبْرَاهِيمَ وَطَاوسٍ، وَالحَسَنِ، وَابْنِ سِيرينَ.

وَقالَ الزُهريُّ: مَا عَلِمْتُ أحَداً كَرِهَهُ، إلا ابْنَ عُمَرَ.

قال أبو عمر: أمَّا العَبْدُ، فَلَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ربا عِنْدَ أكْثَرِ العُلَماءِ.

وَأمَّا المُكَاتَبُ، فَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ إلى مَالِهِ سَبِيلٌ غَيْرَ مَا كَاتَبَهُ عَلَيهِ، إلا أَنْ يعجزَ.

وَكَرِه مَالِكٌ أنْ يَبِيعَ مِنْ عَبْدِهِ المَأْذُونَ لَهُ، أو مُكاتَبِهِ دِرْهَماً بِدرْهَمَيْنِ يَداً بِيَدٍ نسيئةً، وَأجازَ ذَلِكَ الشَّافِعِيُّ.

وَقالَ ابْنُ القَاسمِ، فِي المُكاتَبِ يُحيلُ سيِّدهُ بنجمٍ لَمْ يحلّ عَلى دَيْنٍ لَهُ عَلى رَجُلٍ، أنَّهُ لا يَجُوزُ؛ مِنْ أجلِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

وَقالَ سَحْنُونُ: هُوَ جَائِزٌ؛ قَالَ: وَقَولُهُ بِإجَازَةِ القطَاعَةِ يردُّ هَذا [وَباللَّهِ التَّوْفِيقُ].

٤ ـ باب جراح المكاتب

١٥٠٣ ـ قَالَ مَالِكٌ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الْمُكَاتَبِ يَجْرَحُ الرَّجُلَ جَرْحاً يَقَعُ فِيهِ الْعَقْلُ عَلَيْهِ: أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِنْ قَوِيَ عَلَى أَنْ يُؤَدِّي عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ مَعَ كِتَابَتِهِ، أَدَّاهُ، وَكَانَ عَلَى كِتَابَتِهِ، فَإِنْ لَمْ يَقْوَ عَلَى ذَلِكَ، فَقَدْ عَجَزَ عَنْ كِتَابَتِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَنْبَغِي

١٥٠٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٦، من كتاب المكاتب، باب ٤ (جراح المكاتب).

أنْ يُؤدِّي عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ فَإِنْ هُوَ عَجزَ عَنْ أَدَاءِ عَقْلِ ذَلِكَ الْجَرْحِ، خُيِّرَ سَيِّدُهُ، فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُؤَدِّيَ عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ، فَعَلَ، وَأَمْسَكَ غُلامَهُ، وَصَارَ عَبْداً مَمْلُوكاً، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُسَلِّمَ الْعَبْدَ إِلَى الْمَجْرُوحِ أَسْلَمَهُ، وَلَيْسَ عَلى السَّيِّدِ أَكْثَرُ مِنْ أَنْ يُسَلِّمَ عَبْدَهُ.

قال أبو عمر: اخْتِلافُ الفُقَهاءِ فِي هِذِهِ المَسْأَلَةِ مُتَقَارِبٌ، يُجْمِلُهُ قَوْلُ مَالِكٍ فِي المُكَاتَبِ، أَنَّهُ إِنْ قَوِيَ عَلى أَدَاءِ أَرْشِ الجِنَايَةِ مَعَ الكِتَابَة، وَإِلا عجزَ، فَإِذَا عجزَ، كَانَ سَيِّدُهُ مُخَيَّراً بَيْنَ إِسْلامِهِ، وَأَدَاءِ أَرْشِ الجِنَايَةِ.

وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ: إِذَا جنى المُكَاتَبُ، قَالَ لَهُ القَاضِي: أَدِّ وإِلا أَعْجَزْتُكَ، وَلَمْ أَسْمَعْهُ يُفَرِّقُ بَيْنَ عجْزِهِ قَبْلَ القَضاءِ وبَعْدَهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا جنى المُكَاتَبُ، فَعَلى سَيِّدِهِ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهِ عَبْداً يومَ الجِنَايَةِ، وَأَرْشُ الجِنَايَةِ، كَما لَو جَنى وَهُوَ عَبْدٌ، فَإِنْ قَوِيَ عَلى أَدَائِها قَبْلَ الكِتَابَةِ، فَهُوَ مُكَاتَبٌ، وَإِنْ عَجزَ عَنْهَا، خَيَّرَ الحَاكِمُ سَيِّدَهُ؛ بَيْنَ أَنْ يفدِيَهُ بِالأَقَلِّ مِنْ أَرْشِ الجِنَايَةِ، أو يسلمَهُ، فَإِنْ أَبى، بِيعَ فِي الجِنَايَةِ، فأعطى أَهْلَ الجِنَايَةِ حُقُوقَهُم دُونَ مَنْ دَايَنَهُ بِبَيْعٍ أَو غَيْرِهِ؛ لأَنَّ ذَلِكَ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَنْ أَعْتَقَ أتبعَ بِهِ، وَالجِنَايَةُ فِي رَقَبَتِهِ وَسَواءٌ كانَتِ الجِنَايَاتُ مُفْتَرِقَةً أو مَعاً، أو بَعْضُها قَبْلَ التَّعْجِيزِ أو بَعْدَهُ، يَتحاصُّونَ فِي ثَمَنِهِ، وَإِنْ أَبْرَأَهُ بَعْضُهم، كَانَ ثَمَنُهُ لِلْبَاقِينَ بَيْنَهُمْ.

وَقولُ أَحْمَدَ، وَإِسْحاقَ، فِي ذَلِكَ كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ، إِلا زُفَر، فِي مُكَاتَبٍ جَنى جِنَايَةً، ثُمَّ عجزَ قَبْلَ أَنْ يُقْضى عَلَيهِ، قِيلَ لِمَوْلاهُ: ادْفَعْهُ أَوِ افْدِهِ، وَإِنْ قُضِيَ عَلَيهِ بِقِيمَةِ الجِنَايَةِ، ثُمَّ عجزَ، فَإِنَّهُ يُبَاعُ فِيها.

وَقالَ زُفَرُ: إِذَا عَجزَ قَبْلَ القَضَاءِ أو بَعْدَهُ، فَإِنَّهُ يُباعُ فِي الجِنَايَةِ.

قَالَ مَالِكٌ[1] فِي الْقَوْمِ يُكَاتَبُونَ جَمِيعاً: فَيَجْرَحُ أَحَدُهُمْ جَرْحاً فِيهِ عَقْلٌ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: مَنْ جَرَحَ مِنْهُمْ جَرْحاً فِيهِ عَقْلٌ، قِيلَ لَهُ وَلِلَّذِينَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ: أَدُّوا جَمِيعاً عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ، فَإِنْ أَدَّوْا ثَبَتُوا عَلَى كِتَابَتِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدُّوا فَقَدْ عَجَزُوا، وَيُخَيَّرُ سَيِّدُهُمْ، فَإِنْ شَاءَ أَدَّى عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ وَرَجَعُوا عَبِيداً لَهُ جَمِيعاً، وَإِنْ شَاءَ أَسْلَمَ الْجَارِحَ وَحْدَهُ وَرَجَعَ الآخَرُونَ عَبِيداً لَهُ جَمِيعاً، بِعَجْزِهِمْ عَنْ أَدَاءِ عَقْلِ ذَلِكَ الْجَرْحِ، الَّذِي جَرحَ صَاحِبُهُمْ.

---

(١) الموطأ، ص٧٩٥.

(٢) الموطأ، ص٧٩٥، ٧٩٦.

قال أبو عمر: هَذا إنَّما قَالَهُ مَالِكٌ عَلى أصْلِهِ فِي المُكَاتَبِينَ كِتَابَةً وَاحِدَةً، أنَّهُم حُملاءُ بَعْضُهم عَنْ بَعْضٍ، وَأصْلُهُ فِي أنَّ الجِنَايَةِ، مُقَدَّمَةٌ عَلى الكِتَابَةِ، فَإذَا عجزُوا عَنْ أدَاءِ الجِنَايَةِ، فَقَدْ عَجزُوا، [وَإذا عَجزُوا]، عَادُوا عَبِيداً.

وَأمَّا الشَّافِعِيُّ، وَالكُوفِيُّ، وَأكْثَرُ الفُقهاءِ؛ فَإنَّهُم يَقُولُونَ: لا يَأخذُ بِالجِنَايَةِ إلا جَانِيها [وَحْدَهُ]، فَإنْ عجز عَنْ أدَائِها، بِيعَ فِيها، عَلى مَا تَقدَّمَ مِنْ تَلْخِيصِ ذَلِكَ عَنْهُم.

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأمْرُ الَّذِي لا اخْتلافَ فِيهِ عِنْدَنَا، أنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا أُصِيبَ بِجْرح يَكُونُ لَهُ فِيهِ عَقْلٌ، أوْ أُصِيبَ أحَدٌ مِنْ وَلَدِ الْمُكَاتَبِ الَّذِينَ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ، فَإنَّ عَقْلَهُمْ عَقْلُ الْعَبِيدِ فِي قِيمَتِهِمْ، وَأنَّ مَا أُخِذَ لَهُمْ مِنْ عَقْلِهِمْ يُدْفَعُ إلَى سَيِّدُهِمْ الَّذِي لَهُ الْكِتَابَةُ، وَيُحْسَبُ ذَلِكَ لِلْمُكَاتَبِ فِي آخِرِ كِتَابَتِهِ.

ثُمَّ فصلَ ذَلِكَ بِما لا يشْكلُ مِنْ أنَّهُ إذا ضمَّ عَقْل الجرح إلى مَا يقْبضهُ مِنَ المُكاتَبِ، فتأدى مِنْ ذَلِكَ جَمِيعُ الكِتَابَةِ، فَهُوَ حُرٌّ، وَإنْ كَانَ عقلُ الجرح أكْثَر مِنَ الكتابة قبضَ المُكاتبُ لِنَفْسِهِ وَهُوَ حُرٌّ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: وَلا يَنْبَغِي أنْ يُدْفَعَ [إلى] المُكَاتَبِ شَيْءٌ مِنْ دِيَةِ جرْحِهِ، فَيَأْكُلَهُ، وَيَسْتَهْلِكَهُ، فَإنْ عجزَ رَجعَ إلَى سَيِّدِهِ أعْورَ، أو مَقْطُوعَ اليَدِ، أو مَعْضُوبَ الجَسَدِ، وَإنَّما كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ عَلى مَالِهِ وَكَسْبِهِ، وَلَمْ يُكَاتِبْهُ على أنْ يَأْخُذَ ثَمَنَ وَلَدِهِ، وَلا مَا أُصِيبَ مِنْ عقل جَسدهُ، فَيأكُلَهُ، وَيَسْتَهْلِكَهُ، وَلكِنْ عَقْلُ جِراحَاتِ المُكاتَبِ، وَوَلَدِهِ الَّذِينَ وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ، أو كَاتَبَ عَلَيْهِم يُدْفَعُ إلَى سَيِّدِهِ، وَيحسبُ ذَلِكَ لَهُ فِي آخِرِ كِتَابَتِهِ.

قال أبو عمر: عَلى مَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ فِي هَذا البَابِ مَذْهَبُ كُلِّ مَنْ قَالَ: «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ» يعْنُونَ: فِي جِرَاحَاتِهِ، وَحُدُودِهِ.

وَأمَّا مَنْ قَالَ بِقَوْلِ عَلِيٍّ ـ رضي الله عنه ـ: يُؤَدِّي المُكاتَبُ بِقَدْرِ مَا أدَّى دِيَةَ الحُرِّ، وَبِقَدْرِ مَا بَقِيَ عَلَيهِ دِيَةَ عَبْدٍ، فَإنَّهُ يُقسمُ دِيَةَ جَرَاحَاتِهِ على ذَلِكَ، فَما صَارَ مِنْها لِلْحُرِّيَّةِ، قَبضَهُ، وَمَا صَارَ مِنْها لِلْعُبُودِيَّةِ، دفعَ إلَى سَيِّدِهِ، فعدّ لَهُ فِي كِتَابَتِهِ.

ذَكرَ عَبْدُ الرزَّاقِ، عَنِ الثَّوْرِيِّ، قَالَ: قَالَ أصْحَابُنا: جِنَايَةُ المُكَاتَبِ عَلى نَفْسِهِ، أنَّهُ إنْ جرحَ جِراحَةً، فَهِيَ عَلَيهِ فِي قِيمَتِهِ، [لا تجاوزُ قِيمَتهُ]، وَإذَا أُصِيبَ بِشَيْءٍ، كَانَ لَهُ، [قالَ الثَّوريُّ: أمَّا نَحْنُ فَنَقُولُ: هِيَ فِي عُنُقِ المُكَاتَبِ].

وَأخْبَرنا الحَسَنُ بْنُ عمارَةَ، عَنِ الحَكَمِ، عَنْ إبْرَاهِيمَ، قَالَ: يضْمنُ مَوْلاهُ قِيمَتَهُ.

---

(١) الموطأ، ص٧٩٦.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

قَالَ الحَكَمُ: وَقالَ الشَّعبيُّ: يضمنُ مَوْلاهُ قِيمَتَها.

وَقالَ الحَكَمُ: جِنَايَاتُه دَيْنٌ عَلَيهِ؛ يَسْعى فِيها.

[قالَ: وَأخْبَرَنا ابْنُ جُريجٍ، قَالَ: قُلْتُ لِعطاءٍ: المُكَاتَبُ إِنْ جَرَّ جَريرةً، مَنْ يُؤْخَذُ بِها؟ قَالَ سَيِّدُهُ.

وَقالَها عَمْرُو بْنُ دِينارٍ].

قال أبو عمر: يحتملُ أنْ يَكُونَ قَوْلُهُ: يُؤْخَذُ بِها أنْ يسلمَهُ فِي كِتَابَتِهِ، فَإِنْ لَمْ يسلمْهُ يحْتملُ أنْ لا يَكُونَ عَلَيهِ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهِ؛ لأنَّها البَدلُ مِنْ إِسْلامِهِ، وَيحْتملُ أنْ يَكُونَ لمَّا أبى مِنْ إِسْلامِهِ، فَقَدْ رَضِيَ بِأَرْشِ الجَريرَةِ مَا بَلَغَتْ، وَالأصَحُّ أَنَّهُ لا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهِ؛ لأنَّ جِنَايَتَهُ فِي رَقَبَتِهِ.

قالَ ابْنُ جُريجٍ: قُلْتُ لِعَطاءٍ: فَإِنْ أُصِيبَ المُكاتَبُ بِجرحٍ، فَلِمَنْ أَرْشُهُ؟ قَالَ: لَهُ.

وَقالَها عَمْرُو بْنُ دِينارٍ.

قُلْتُ مِنْ أجْلِ أنَّهُ أحْرزَ ذَلِكَ، كَما أحْرزَ مَالَهُ؟ قَالَ: نَعَمْ.

٥ ـ باب بيع المكاتب

١٥٠٤ ـ قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي مُكَاتَبَ الرَّجُلِ؛ أَنَّهُ لا يَبِيعُهُ، إِذَا كَانَ كَاتَبَهُ بِدَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ، إِلا بِعَرَضٍ مِنَ الْعُرُوضِ يُعَجِّلُهُ وَلا يُؤَخِّرُهُ؛ لأَنَّهُ إِذَا أَخَّرَهُ كَانَ دَيْناً بِدَيْنٍ، وَقَدْ نُهِيَ عَنِ الْكَالِىءِ بِالْكَالِىءِ.

قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ بِعَرَضٍ مِنَ العُرُوضِ، مِنَ الإِبِلِ أَوِ الْبَقَرِ أَوِ الْغَنَمِ أَوِ الرَّقِيقِ، فَإِنَّهُ يَصْلُحُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ عَرَضٍ مُخالِفٍ لِلْعُرُوضِ الَّتِي كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ عَلَيْهَا، يُعَجِّلُ ذَلِكَ وَلا يُؤَخِّرُهُ.

قال أبو عمر: منعَ مِنْ ذَلِكَ لِمَا يَدْخُلُهُ مِنَ النَّسِيئَةِ فِي بَيْعِ دَنَانِيرَ، أو دَرَاهِمَ بَعْضِها بِبَعْضٍ؛ لأنَّ مَا عَلى المُكَاتَبِ يُؤْخذُ نَجُوماً، فَلا يحلُّ بَيْعُهُ بِالنَّقْدِ، وَلا بِالنَّسِيئَةِ؛ لأنَّهُ صَرْفٌ إلى أجَلٍ.

وَكَذَلِكَ لا يَجُوزُ شِرَاءُ عَرَضٍ عَلى المُكَاتَبِ بِعَرْضٍ غَيْرِ مُعَجَّلٍ؛ لأن النُّجُومَ مُؤَجَّلَةٌ، فَلَو تَأَخَّرَ العَرْضُ، كَانَ مِنَ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

وَكَذَلِكَ لا يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ بَيْعُ عَرَضٍ بِعَرَضٍ مِنْ جِنْسِهِ؛ لأَنَّهُ يدْخلُهُ الرِّبا مِنْ أجلِ أنَّهُ عَرَضٌ بِعَرْضٍ مِثْلِهِ وَزِيَادَةٍ.

١٥٠٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٧، من كتاب المكاتب، باب ٥ (بيع المكاتب).

وَكَذَلِكَ اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي بَيْعِ المُكاتَبِ.

فَقالَ جُمْهُورُ العُلماءِ: لا يُباعُ إلا عَلى أنْ يَمْضِيَ فِي كِتابَتِهِ عِنْدَ مُشْتَرِيهِ، وَلا يَبْطلُها، وَهَذا عِنْدِي بَيْعُ الكِتابَةِ، لا بَيْعُ الرَّقَبَةِ.

وَقالَتْ طائِفَةٌ: بَيْعُهُ جائِزٌ ما لَمْ يُؤَدِّ مِنْ كِتابَتِهِ شَيْئاً؛ لأنَّ بَريرةَ بِيعَتْ، وَلَمْ تَكُنْ أدَّتْ مِنْ كِتابَتِها شَيْئاً.

وَقالَ آخَرُونَ: إذا رَضِيَ المُكاتَبُ بِالبَيْعِ، جازَ لِسَيِّدِهِ بَيْعُهُ.

هَذا قَوْلُ أبِي الزِّنادِ، وَربيعَةَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَمالِكٍ أيضاً، إلا أنَّ [مالِكاً] اخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي كَيْفِيَّةِ تَعْجِيزِ المُكاتَبِ، عَلى مَا نَذْكُرُهُ بَعْدُ، وَلا يرى بَيْعَ رَقَبَةِ المُكاتَبِ إلا بَعْدَ التَّعْجِيزِ.

وَأمَّا الشَّافِعِيُّ؛ فَإذا رَضِيَ المُكاتَبُ بِالبَيْعِ، فَهُوَ مِنْهُ رَضى بِالتَّعْجِيزِ، وَتَعْجِيزُهُ إلَيهِ، لا إلى سَيِّدِهِ؛ لأنَّ بَريرةَ رَضِيَتْ أنْ تُباعَ، وَهِيَ كانَتِ المُساومةُ لِنَفْسِها، وَالمُختلفةُ بَيْنَ سادَتِها الَّذِينَ كاتَبُوها، وَبَيْنَ عائِشَةَ الَّتِي اشْتَرَتْها.

وَقالَ آخَرُونَ: لا يَجُوزُ أنْ تُباعَ إلا للعِتقِ، فَكَذَلِكَ بِيعَتْ بَرِيرَةُ.

هَذا قَوْلُ الأوْزاعِيِّ، وَأحْمَدَ، وَإسْحاقَ.

وَقالَ آخَرُونَ: لا يَجُوزُ أنْ تُباعَ حَتَّى تعجزَ، فَإذَا عجزَتْ نَفْسها، جازَ بَيْعُها، وَذَكَرُوا أنَّ بَرِيرَةَ عجزَتْ نَفْسها، وَلِلْمُكاتَبِ عِنْدَهُم أنْ يعجزَ نَفْسهُ، كَانَ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ أو لَمْ يَكُنْ.

وَسَنَذْكُرُ الاخْتِلافَ فِي ذَلِكَ بَعْدُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

وَقالَ آخَرُونَ: لا يَجُوزُ بَيْعُ المُكَاتَبِ وَيَجُوزُ بَيْعُ كِتابَةِ [المُكاتَبِ، عَلى أنَّهُ إنْ عجزَ، فَلِلَّذِي اشْتَرى كِتَابَتَهُ رَقَبَتُهُ، وَإنْ مَاتَ المُكاتَبُ ورثَهُ دُونَ البَائِعِ، وَإنْ أدَّى كِتَابَتَهُ] إلى الَّذِي اشْتَرى، كَانَ وَلاؤُهُ لِلْبَائعِ الَّذِي عقدَ كِتَابَتِهِ.

هَذا قَوْلُ مَالِكٍ وَأصْحابِهِ.

وَقالَ آخَرُونَ: لا يَجُوزُ بَيْعُ المُكاتَبِ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ نَقْدِ العَقدِ لَهُ، وَقَدْ أمَرَ اللَّهُ تَعالى بِالوَفاءِ بِالعُقُودِ، وَلأنَّهُ يدخلُهُ بَيْعُ الوَلاءِ، وَكَذَلِكَ لا يَجُوزُ بَيْعُ كِتابَتُهُ، وَلا بَيْعُ شَيْءٍ مِمَّا بَقِيَ مِنْها عَلَيهِ، وَالبَيْعُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ فاسِدٌ مَرْدُودٌ؛ لأنَّ ذَلِكَ غَرَرٌ لا يدري العجزَ المُكاتَب أمْ لا، وَلا يدْري المُشْتَرِي مَا يحصلُ عَلَيهِ بِصَفْقَتِهِ رَقبةَ المُكاتَبِ أو كِتابَته، وَإنْ حصلَ عَلى رَقَبَتِهِ، كَانَ فِي ذَلِكَ بيعُ الوَلاءِ.

هَذا كُلُّهُ قَوْلُ أبِي حَنِيفَةَ وَأصْحابِهِ.

وَأمَّا اخْتِلافُهم فِي تَعْجيزِ المُكَاتَبِ؛ فَكانَ مَالِكٌ يَقُولُ: لا يعجزُهُ سَيِّدُهُ إلا عِنْدَ السُّلْطَانِ، أو القَاضِي، [أو الحَاكِمِ].

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلى، وَبِهِ قَالَ سَحْنُونُ.

وَقالَ ابْنُ القاسمِ: إِذَا رَضِيَ المُكَاتَبُ بِالعجزِ دُونَ السُّلْطانِ، لَزِمَهُ ذَلِكَ.

وَقَالَ ابْنُ القاسمِ: ولا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يعجزَ نَفْسَهُ إذا كَانَتْ لَهُ أَمْوَالٌ ظَاهِرَةٌ، فَإِنْ عجزَ، ثُمَّ ظَهرَتْ لَهُ أَمْوَالٌ، مَضى التَّعْجِيزُ مَا لَمْ يَعلمْ بِالمَالِ.

وَقَالَ ابْنُ كنانَةَ، وَابْنُ نَافِعٍ: لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُعجزَ نَفْسَهُ وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ.

وَرَوى ابْنُ وَهْبٍ، فِي «مُوَطَّئِهِ»، عَنْ مَالِكٍ، مِثْلَ قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ، وَابْنِ كنانَةَ.

وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا عَلى قَوْلَيْنِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ: لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يعجزَ نَفْسَهُ، ويعجزهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطانِ، إِذَا كَانَا فِي بَلَدٍ وَاحِدٍ، وَحَضرةٍ وَاحِدَةٍ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَقُولَ المُكاتَبُ: لَيْسَ عِنْدِي شَيْءٌ، وَيَقُول السَّيِّدُ: اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ عجَّزْتُهُ.

وَفَعَلَ ذَلِكَ ابْنُ عُمَرَ.

وَقضى بِهِ شُرَيحٌ، وَالشَّعبيُّ.

وَقالَ الشَّعبيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ: لِلسَّيِّدِ أَنْ يعجزَ المُكاتَبَ بِحلُولِ نَجم مِنْ نُجومِهِ.

قالَ الشَّافعيُّ: لا يعجزُ السُّلْطانُ المُكاتَبَ الغَائِبَ، إلا أَنْ يثبتَ عِنْدَهُ الكِتَابَةَ، وَحلُولَ نَجم مِنْ نُجومِهِ، وَيُحلفهُ مَا أَبْرَأَهُ، وَلا قَبضَهُ مِنهُ، وَلا أَنْذَرَهُ بِهِ، فَإِذَا فَعلَ، عجزَهُ لَهُ، وَيجعلُ المُكاتَبُ عَلى حجَّتِهِ إِنْ كَانَتْ لَهُ.

قالَ: وَأَمَّا إِذا أَرَادَ المُكاتَبُ إِبْطَالَ كِتَابَتِهِ وَادَّعى العَجْزَ، فَذَلِكَ إِلَيهِ، عُلِمَ لَهُ مَالٌ، أو لَمْ يُعْلَمْ، وَعُلِمَتْ لَهُ قُوَّةٌ عَلى الكَسْبِ، أو لَمْ تُعْلَمْ، هَذا إِليه لَيْسَ إِلى سَيِّدِهِ.

وَقالَ أَبُو يُوسُفَ: لا يعجزُهُ حَتَّى يَجْتَمِعَ عَلَيهِ نجمانِ.

وَهُوَ قَوْلُ الحَكَمِ، وَابْنِ أَبِي لَيْلى، وَالحَسَنِ بْنِ حَيّ.

وَقالَ الثَّوْرِيُّ: مِنْهُم مَنْ يَقُولُ: نَجمانِ، وَالاسْتِثْنَاءِ أَحبُّ إِلَيَّ.

[وَقَالَ أَحْمَدُ: وَكانَ أَحبَّ إِلَيَّ].

وَقالَ الحَارِثُ العكليُّ: إِذا دَخَلَ نجمٌ فِي نجمٍ، فَقَدِ اسْتَبانَ عَجْزُهُ.

وَقالَ الحَسَنُ البَصْرِيُّ: إِذا كَانَتْ نجومُهُ مُساقَاةً، استسعى بَعْدَ النجمِ سَنَتَيْنِ.

وَقالَ الأوْزَاعِيُّ: يسْتأني بِهِ شَهْرَيْنِ.

وَقالَ [مُحمدُ بْنُ] الحَسَنِ عَنْهُ، وَعَنْ أصْحابِهِ: إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ أو غَائِبٌ يرجُو قَدُومَهُ، أجَّلَهُ يومَيْنِ أو ثَلاثَةً، لا زِيَادَةَ على ذَلِكَ.

وَقالَ الأوْزَاعِيُّ: إذَا قَالَ: قَدْ عَجزْتُ عَنِ الأدَاءِ، وَعجزَ نَفْسَهُ، لَمْ يمكنْ مِنْ ذَلِكَ.

قال أبو عمر: هَذا لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لأنَّ كِتَابَتَهُ مُضمنةٌ بِالأدَاءِ، فَإذَا لَمْ يَكُنِ الأدَاءُ بِإقْرَارِهِ بِالعَجْزِ عَلى نَفْسِهِ، انْفَسَخَتْ كِتَابَتُهُ، وَكانَ هُوَ وَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ، وَالأصْلُ فِي الكِتَابَةِ؛ لأنَّها لا تَجِبُ عِنْدَ مَنْ أوْجَبَها إلا بِابْتِغَاءِ العَبْدِ لَها، وَطَلبه إيَّاها، وَتَعْجِيزُهُ نَفْسَهُ، نَقض لِذَلِكَ.

وَقَدْ أجْمَعُوا فِي ذَلِكَ أن المُكَاتَبَ لِعَبْدِهِ: إنْ جِئْتَنِي بِكَذَا وَكَذَا دِينارٍ، إلى أجَلِ كَذَا، فَلَمْ يُجِبْهُ بِها، أنَّهُ لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: أحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الْمُكَاتَبِ: أنَّهُ إذَا بِيعَ كَانَ أحَقَّ بِاشْتِرَاءِ كِتَابَتِهِ مِمَّنِ اشْتَرَاهَا، إذَا قَوِيَ أنْ يُؤَدِّيَ إلَى سَيِّدِهِ الثَّمَنَ الَّذِي بَاعَهُ بِهِ نَقْداً، وَذَلِكَ أنَّ اشْتَرَاءَهُ نَفْسَهُ عَتَاقَةٌ، وَالْعَتَاقَةُ تُبَدَّأُ عَلَى مَا كَانَ مَعَهَا مِنَ الْوَصَايَا، وَإنْ بَاعَ بَعْضُ مَنْ كَاتَبَ الْمُكَاتَبِ [نَصِيبَهُ مِنْهُ، فَبَاعَ نِصْفَ الْمُكَاتَبِ أوْ ثُلُثَهُ أوْ رُبُعَهُ، أوْ سَهْماً مِنْ أسْهُم الْمَكَاتَب]، فَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ فِيمَا بِيعَ مِنْهُ شُفْعَةٌ، وَذَلِكَ أنَّهُ يَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْقَطَاعَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أنْ يُقَاطِعَ بَعْضَ مَنْ كَاتَبَهُ إلا بِإذْنِ شُرَكَائِهِ، وَأنَّ مَا بِيعَ مِنْهُ لَيْسَتْ لَهُ بِهِ حُرْمَةٌ تَامَّةٌ، وَأنَّ مَالَهُ مَحْجُورٌ عَنْهُ، وَأنَّ اشْتِرَاءَهُ بَعْضَهُ يُخَافُ عَلَيْهِ مِنْهُ الْعَجْزِ، لِمَا يَذْهَبُ مِنْ مَالِهِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ اشْتِرَاءِ الْمُكَاتَبِ نَفْسَهُ كَامِلاً، إلا أنْ يَأذَنَ لَهُ مَنْ بَقِيَ لَهُ فِيهِ كِتَابَةٌ، فَإنْ أذِنُوا لَهُ كَانَ أحَقَّ بِمَا بِيعَ مِنْهُ.

قال أبو عمر: رَأى مَالِكٌ ـ رحمه الله ـ الشُّفعَةَ وَاجِبَةً لِلْمُكاتَبِ إذَا بَاعَ سَيِّدُهُ مَا عَلَيهِ مِنْ كِتابَتِهِ مَا عَلَيهِ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ تَعْجِيلِ عتقِهِ، وَلَمْ يَرَ لَهُ شُفْعَةً إذا بِيعَ بَعْضُ مَا عَلَيهِ؛ لأنَّهُ لا تَتِمُّ شُفعَتُهُ فِي ذَلِكَ عتقَهُ، ثُم رأى أنَّ ذَلِكَ بِإذْنِ مَنْ بَقِيَ لَهُ فِيهِ كِتابَةٌ؛ لأنَّهُ مَعَ الضَّرَرِ الَّذِي عَلَيهِ فِي ذَلِكَ قَدْ رَضوا بِهِ.

وَكانَ سَحْنُونُ يَقُولُ: هَذا حَرْفُ سُوءٍ، إلا أنْ يَأذَنَ فِي ذَلِكَ الشَّرِيكُ الآخَرُ.

وَكَذَلِكَ رَواهُ ابْنُ القاسِمِ، عَنْ مَالِكٍ، فِي المُكاتَبِ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ؛ يَبِيعُ أحَدُهما نَصِيبَهُ مِنْهُ، إنَّ المُكاتَبَ لا يَكُونُ أحَقَّ بِذَلِكَ مِنَ المُشْتَرِي، إلا أنْ يَأذَنَ فِي ذَلِكَ

---

(١) الموطأ، ص٧٩٧.

الشَّرِيكُ الآخَرُ؛ لأَنَّهُ لا يفضِي بِذَلِكَ إِلى عتاقِهِ، وَإِنَّما يَكُونُ ذَلِكَ لَهُ إذا بِيعَتْ كِتَابَتُهُ كُلُّها؛ لأنَّ ذَلِكَ يفضِي إِلى عتْقٍ.

قَالَ سَحْنُونُ: قَولُهُ: إلا أَنْ يأْذَنَ لَهُ فِي ذَلِكَ الشَّرِيكُ الآخَرُ حَرفُ سُوءٍ.

قال أبو عمر: قَدْ قَالَ بِقَوْلِ مَالِكٍ فِي شُفْعَةِ المُكاتَبِ قَوْمٌ مِنَ التَّابِعِينَ؛ مِنْهُم عَطَاءٌ، وَأبى ذَلِكَ غَيْرُهم مِنَ العُلماءِ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّما وَرَدَتْ فِي الأُصُولِ الَّتِي تَقَعُ فِيها الحُدُودُ.

وَسَنُبَيِّنُ هَذا المَعْنى عِنْدَ اخْتِلافِ أصْحَابِ مَالِكٍ، وَقَولُهم [فِي الشُّفْعَةِ] فِي الدَّيْنِ لِمَنْ هُوَ عَلَيهِ إذا بِيعَ مِنْ غَيْرِهِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُمَا، وَكُلُّ مَنْ لا يَجُوزُ عِنْدَهُ بَيْعُ كِتَابَةِ المُكَاتَبِ، فَلَيْسَ لِلشُّفْعَةِ ذِكْرٌ فِي كُتُبِهِمْ هَا هُنا.

[وَالمَسْأَلَةُ مَسأَلَةُ اتِّباعٍ].

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قِالَ: أَخْبَرنا ابْنُ جُرِيجٍ عَنِ الحَسَنِ بْنِ مسلمٍ، قالَ: بَلَغَنِي أَنَّ المُكَاتَبَ يُباعُ هُوَ أَحَقُّ بِنَفْسِهِ، يَأْخُذُها بِما بِيعَ.

قَالَ ابْنُ جُريجٍ: وَقالَ عَطاءٌ: مَنْ بِيعَ عَلَيهِ دَيْنٌ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ إِنْ شَاءَ.

قَالَ: وَأَخْبَرنا مَعمرٌ، عَنْ رَجُلٍ مِنْ قُرَيْشٍ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ العَزِيزِ، قَضى فِي المُكَاتَبِ اشْتَرى مَا عَلَيهِ بِعُرُوضٍ، وَجعلَ المُكاتَبَ أولى بِنَفْسِهِ، ثُمَّ قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنِ ابْتَاعَ دَيْناً على رَجُلٍ [إلى أجلٍ]، فَصَاحِبُ الدَّيْنِ أولى بِالَّذِي عَلَيهِ، إِذَا أَدَّى [مَا أَدَّى] صَاحِبُهُ.

قَالَ مَعمرٌ: وَقالَ الزُّهريُّ: رَأَيْتُ القُضَاةَ يَقْضُونَ فِي مَنِ اشْتَرى دَيناً عَلى رَجُلٍ، أَنَّ صَاحِبَ الدَّيْنِ أولى بِهِ.

وَكَانَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ يَقْضِي بِهِ.

قَالَ مَعمرٌ: وَأَمَّا أَهْلُ الكُوفَةِ، فَلا يَرَوْنَهُ شَيْئاً.

قَالَ مَالِكٌ[1]: لا يحلُّ بَيْعُ نجم مِنْ نُجُوم المُكاتَبِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ غَرَرٌ إِنْ عَجزَ المُكاتَبُ، بَطَلَ مَا عَلَيهِ، وَإِنْ مَاتَ أو أَفْلَسَ وَعَلَيهِ دُيونٌ لِلنَّاسِ، لَمْ يَأْخُذِ الَّذِي اشْتَرى نَجْمَهُ بِحِصَّتِهِ مَعَ غُرمَائِهِ شَيْئاً، وَإِنَّما الَّذِي يَشْتَرِي نجماً مِنْ نُجومِ المُكاتَبِ، بِمَنْزِلَةِ سَيِّدِ

---

(١) الموطأ، ص٧٩٧، ٧٩٨.

المُكاتَبِ؛ فَسَيِّدُ المُكاتَبِ لا يحاصُّ بِكِتَابَةِ غُلامِهِ غُرماءُ الُمكاتَبِ، وَكَذَلِكَ الخَرَاجُ أيضاً يجْتمعُ لَهُ عَلى غُلامِهِ، فَلا يحاصُّ بِما اجْتَمَعَ لَهُ مِنَ الخَرَاجِ غُرماءُ غُلامِهِ.

قال أبو عمر: هُوَ غَرَرٌ كَما ذَكَرَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ، مِنْ أجْلِ مَا وصفَ مِنْ عَجْزِ المُكَاتَبِ، إلا أنَّ مَنْ خَالَفَهُ فِي بَيْعِ كِتَابَةِ المُكَاتَبِ يَقُولُ: إنَّ مَالِكاً لَمْ يُجِز الغَرَرَ فِي نَجمٍ، وَأجَازَهُ فِي نجومٍ.

وَكَثِيرُ الغَرَرِ، لا يَجُوزُ بِإجْماعٍ، وَقَلِيلُهُ متجاوزٌ عَنْهُ؛ لأنَّهُ لا يَسْلَمُ بَيْعٌ مِنْ قَلِيلِ الغَرَرِ.

وَقالَ المزنيُّ، عَنِ الشَّافِعِيِّ: بَيْعُ نُجومِ المُكاتَبِ مَفْسُوخٌ، فَإنْ أدَّى إلى المُشْتَرِي بِإذْنِ سَيِّدِهِ، عتقَ كَما يُوَدِّي إلى وكِيلِهِ فيعْتقُ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ مَنْ قَالَ بِأنَّهُ لا يَجُوزُ بَيْعُ كِتَابَةِ المُكاتَبِ، وَلا نجمٍ مِنْ نجومِهِ، إلا بِما يَجُوزُ بِهِ سَائِرُ البُيُوعِ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ أصْحَابُ مَالِكٍ فِي المُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ؛ يَبِيعُ أحَدُهما حِصَّتَهُ مِنْ كِتَابَتِهِ، أو نجماً مِنْ نجومِهِ.

فَذكرَ العتبيُّ، فِي سَمَاعِ ابْنِ القاسِمِ مِنْ مَالِكٍ، أنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ وَقالَ: إمَّا أنْ يُباعَ كُلُّهُ، وَإمَّا أنْ يمسكَ كُلّهُ.

[قَالَ سَحْنُونُ: إنَّما يُكْرَهُ بَيْعُ نجمٍ مِنْ نُجومِهِ، فَأمَّا نِصْفُ مَا عَلَيهِ، أو ثُلثُهُ، أو رُبعُهُ، فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ].

وَقالَ سَحْنُونُ، وَأصبغُ: إنَّما يُكْرَهُ بَيْعُ النَّجم بِعَيْنِهِ، فَإذَا لَمْ يَكُنْ بِعَيْنِهِ، لَمْ نرَ بِذَلِكَ بَأْسٌ؛ لأنَّهُ يرْجِعُ إلى حَدٍّ مَعْلُومٍ، وَكَأنَّهُ اشْتَرَى عُشْرَ الكِتَابَةِ، أو نِصْفَ عُشْرِها، أو رُبعَ عُشْرِهَا.

وَرَوى أصْبغُ، عَنِ ابْنِ القَاسِمِ:

قَالَ مَالِكٌ[1]: لا بَأْسَ بِأنْ يَشْتَرِيَ الْمُكَاتَبُ كِتَابَتَهُ بِعَيْنٍ أوْ عَرَضٍ مُخَالِفٍ لِمَا كُوتِبَ بِهِ مِنَ الْعَيْنِ أوِ الْعَرَضِ، أوْ غَيْرِ مُخَالِفٍ مُعَجَّلٍ أوْ مُؤَخَّرٍ.

قال أبو عمر: أجَازَ ذَلِكَ لِلْمُكاتَبِ بِعرضٍ غَيْرِ مُخَالِفٍ، وَبِعرضٍ مُؤَخرٍ، لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ مَذْهَبِهِ؛ أنَّهُ لا رِبا بَيْنَ العَبْدِ وَسَيِّدِهِ، وَكَذَلِكَ عِنْدَهُ المُكَاتَبُ، وَقَدْ مَضى مَا لِمَنْ خَالَفَهُ فِي ذَلِكَ مِنَ العُلَماءِ.

---

(١) الموطأ، ص٧٩٨.

قَالَ مَالِكٌ[١]: فِي الْمُكَاتَبِ يَهْلِكُ وَيَتْرُكُ أُمَّ وَلَدٍ، وَوَلَداً لَهُ صِغَاراً مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا، فَلا يَقْوَوْنَ عَلَى السَّعْيِ، وَيُخَافُ عَلَيْهِمُ الْعَجْزُ عَنْ كِتَابَتِهِمْ، قَالَ: تُبَاعُ أُمُّ وَلَدِ أَبِيهِمْ، إِذَا كَانَ فِي ثَمَنِهَا مَا يُؤَدَّى بِهِ عَنْهُمْ جَمِيعُ كِتَابَتِهِمْ، أُمَّهُمْ كَانَتْ أَوْ غَيْرَ أُمِّهِمْ، يُؤَدَّى عَنْهُمْ وَيَعْتِقُونَ؛ لأَنَّ أَبَاهُمْ كَانَ لا يَمْنَعُ بَيْعَهَا إِذَا خَافَ الْعَجْزَ عَنْ كِتَابَتِهِ، فَهُؤُلاءِ إِذَا خِيفَ عَلَيْهِمُ الْعَجْزُ بِيعَتْ أُمُّ وَلَدِ أَبِيهِمْ، فَيُؤَدَّى عَنْهُمْ ثَمَنُهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ثَمَنِهَا مَا يُؤَدَّى عَنْهُمْ، وَلَمْ تَقْوَ هِيَ وَلاهُمْ عَلَى السَّعْيِ، رَجَعُوا جَمِيعاً رَقِيقاً لِسَيِّدِهِمْ.

قال أبو عمر: قَدْ بَيَّنَ مَالِكٌ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ أَنَّهُ لما كَانَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَبِيعَ أُمَّ وَلَدِهِ إِذَا خَافَ العَجْزَ، كَانَ ذَلِكَ لِوَلَدِهِ عِنْدَ خَوْفِ العَجْزِ، هَذا إِذا كَانَ فِي بَيْعِها خَلاصُهم مِنَ الرِّقِّ.

وَلا أَعْلَمُ أَصْحَابَهُ اخْتَلَفُوا [فِي ذَلِكَ، وَإِنَّما اخْتَلَفُوا] فِي أُمِّ وَلَدِ المُكاتَبِ إِذَا مَاتَ وترك وَفاءً بِكِتَابَتِهِ عَلى حَالِها بَعْدَ مَوْتِهِ.

فَقالَ ابْنُ القاسم: إِذا كَانَ مَعَها وَلَدٌ، [عتقَتْ]، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَها وَلَدٌ، فَهِيَ رَقِيقٌ.

وَقالَ أَشْهَبُ: تعْتِقُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَها وَلَدٌ، إِذا تَرَكَ المُكَاتَبُ وَفَاءً.

قال أبو عمر: عِنْدَ الشَّافِعِيِّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ: أُمُّ وَلَدِ المُكَاتَبِ مَالٌ مِنْ مَالِهِ، وَمَالُهُ كُلُّهُ لِسَيِّدِهِ، إِذا مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ جَمِيعَ كِتَابَتِهِ، وَوَلَده إِنْ لَمْ يقدرُوا عَلى السَّعْيِ، فَهُمْ رَقِيقٌ، وَإِنْ قدرُوا على السَّعْيِ، سَعَوْا فِي مَا يَلْزَمُهم مِنَ الكِتَابَةِ عَلى قَدْرِ قِيمَتِهِم.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: إِذَا مَاتَ المُكَاتَبُ، وَتَرَكَ [مَالاً فِيهِ] وَفاءٌ، فَكَأَنَّهُ مَاتَ حُرّاً، وَيعْتِقُ أَوْلادُهُ بِعتْقِهِ، إِذا أَدَّى عَنْهُم مِنْ مَالِهِ جَمِيعَ كِتَابَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفاءً، فَإِنَّ أَوْلادَهُ يُقالُ لَهُمْ: إِنْ أَدَّيْتُمُ الكِتابَةَ حَالَّةً، عتقْتُمْ، وَإِلا فَأَنْتُمْ رَقِيقٌ.

وَقالَ أَبو يُوسُفَ: يَسْعَوْنَ فِي الكِتَابَةِ عَلى نُجُومِها، فَإِنْ أدّوها، عتقُوا، وَلا يَجُوزُ عِنْدَ أَبي يُوسُفَ وَمُحمدٍ، بَيْعُ المُكاتَبِ لأُمِّ وَلَدِهِ، وَيَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ، وَإِذا لَمْ يجزْ ذَلِكَ لَهُ، فَأَحْرى أَنْ لا يَجُوز لِوَلَدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ[٢]: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يَبْتَاعُ كِتَابَةَ الْمُكَاتَبِ، ثُمَّ يَهْلِكُ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ كِتَابَتَهُ: أَنَّهُ يَرِثُهُ الَّذِي اشْتَرَى كِتَابَتَهُ، وَإِنْ عَجَزَ فَلَهُ رَقَبَتُهُ، وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ كِتَابَتَهُ إِلَى الَّذِي اشْتَرَاهَا وَعَتَقَ فَوَلاؤُهُ لِلَّذِي عَقَدَ كِتَابَتَهُ، لَيْسَ لِلَّذِي اشْتَرَى كِتَابَتَهُ مِنْ وَلائِهِ شَيْءٌ.

---

(١) انظر الحاشية السابقة.

(٢) الموطأ، ص٧٩٨.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ هَذا المَعْنى وَقَوْلُ مَالِكٍ فِيهِ، وَقَوْلُ سَائِرِ العُلماءِ، فِي أَوَّلِ هَذا البَابِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي ضرر ذَلِكَ الحُجَّةِ لِلْمُخَالِفِ.

وَأَمَّا الحُجَّةُ لِمَالِكٍ؛ فَإِنَّ المُشْتَري قَدْ حَلَّ فِي كِتابَةِ المُكَاتَبِ محلَّ سَيِّدِهِ الَّذِي عقدَ لَهُ الكِتَابَةَ، فَدخلَ فِي عُمُوم قَوْلِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، إلا أَنَّهُ لَمْ يحلّ محلَّهُ فِي الوَلاءِ إِنْ أَدَّى إِلَيهِ الكِتَابَةَ فِراراً مِنْ بَيْعِ الوَلاءِ، فَإِنْ عجزَ المُكاتَبُ، وَلَمْ يُؤَدِّ كِتَابَتَهُ إلى المُشْتَرِي، مَلكَ رَقَبتَهُ، كَما لَو أَنَّ سَيِّدَ المُكاتَبِ مَاتَ وَوَرِثَ عَنْهُ بَنُوهُ المُكاتَبَ، لَمْ يَكُنْ لَهُم عَلَيهِ إلا أَداءُ الكِتَابَةِ إِليهم، فَإِذَا أَدَّاها، عتقَ، وَكانَ وَلاؤُهُ لأَبِيهم الَّذِي عقدَ لَهُ الكِتَابَةَ، وَلَو [عَجزَ] كَانَ رَقِيقاً لَهُمْ، يمْلكُونَ رَقَبَتَهُ، وَلَو أَعْتقوهُ قَبْلَ العَجْزِ، أو وهبُوا لَهُ الكِتَابَةَ، كَانَ وَلاؤُهُ لأَبِيهم؛ لأَنَّهُ عَقدَ كِتَابَتَهُ، فَلمَّا لَمْ يَرِثْ مِنْهُ بَنُوهُ إلا مَا كَانَ لَهُ أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِالعوَضِ، وَالهِبَةِ؛ وَذَلِكَ مَالُ المُكاتَبِ دُونَ الوَلاءِ، فَكَذَلِكَ المُشْتَرِي، لَمْ يملكْ مِنْ ذَلِكَ إِلا مَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ، وَهُوَ المَالُ دُونَ الوَلاءِ.

٦ ـ باب سعي المكاتب

١٥٠٥ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ وَسُلَيْمانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلا عَنْ رَجُلٍ كَاتَبَ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى بَنِيهِ، ثُمَّ مَاتَ، هَلْ يَسْعَى بَنُو الْمُكَاتَبِ فِي كِتَابَةِ أَبِيهِمْ أَمْ هُمْ عَبِيدٌ؟ فَقالا: بَلْ يَسْعُونَ فِي كِتَابَةِ أَبِيهِمْ، وَلا يُوضَعُ عَنْهُمْ لِمَوْتِ أَبِيهِمْ، شَيْءٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ كَانُوا صِغَاراً لا يُطِيقُونَ السَّعْيَ، لَمْ يُنْتَظَرْ بِهِمْ أَنْ يَكْبرُوا، وَكَانُوا رَقِيقاً لِسَيِّدِ أَبِيهِمْ، إلا أَنْ يَكُونَ الْمُكَاتَبُ تَرَكَ مَا يُؤَدَّى بِهِ عَنْهُمْ نُجُومُهُمْ، إِلَى أَنْ يَتَكَلَّفُوا السَّعْيَ، فَإِنْ كَانَ فِيمَا تَرَكَ مَا يُؤَدَّى عَنْهُمْ، أُدِّيَ ذَلِكَ عَنْهُمْ، وَتُرِكُوا عَلَى حَالِهِمْ، حَتَّى يَبْلُغُوا السَّعْيَ، فَإِنْ أَدَّوْا عَتَقُوا وَإِنْ عَجَزُوا رَقُّوا.

قال أبو عمر: قَدْ قَالَ بِقَوْلِ عُرْوَةَ، وَسُلَيْمَانَ، [الَّذِي عَلَيهِ بنَى مَالِكٌ مَذْهَبَهُ فِي هَذا البَابِ إِبْرَاهِيمُ] النَّخعيُّ.

ذَكَرَ أَبُو بَكرٍ، قَالَ: حدَّثَني جَرِيرٌ، عَنْ مَنْصُورٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، فِي النَّفرِ يُكَاتَبُونَ جَمِيعاً، فَيَمُوتُ أَحَدُهُم، قَالَ: يَسْعى البَاقُونَ فيما كُوتِبُوا عَلَيهِ جَمِيعاً.

وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ الثَّوْرِيِّ، عَنْ مَنْصُورٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، قَالَ: إذا كَاتَبَ أَهْلَ بَيْتٍ كِتَابَةً وَاحِدَةً، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُم، فَالمالُ عَلى البَاقِي مِنْهُمْ.

١٥٠٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ٨، من كتاب المكاتب، باب ٦ (سعي المكاتب).

وَهَذا كَقَوْلِ مَالِكٍ فِي أَنَّهُمْ إِذَا كُوتِبُوا كِتَابَةً وَاحِدَةً، فَهُمْ حُملاءُ بَعْضُهم عَنْ بَعْضٍ، لا يعْتقُونَ إِلا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الكِتَابَةِ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذا المَعنى فِي بَابِ: الحمالَةِ [فِي الكِتَابَةِ].

وَسَواءٌ عِنْدَ مَالِكٍ كَانُوا أَجْنَبِيينَ، أو أَقَارِبَ، أو أَباً كَاتَبَ عَلى نَفْسِهِ وَبَنِيهِ، إِذا كَانَتِ الكِتَابَةُ وَاحِدَةً، لا يُوضَعُ عَنْهُم بِمَوْتِ أَحَدِهِم شَيْءٌ مِنَ الكِتَابَةِ، ولَا يعْتقُونَ، إِلا بِأَدَاءِ جَمِيعِها.

وَحُكْمُهم عِنْدَ مَالِكٍ إِذَا كُوتِبُوا كِتَابَةً وَاحِدَةً، كَحُكْمِ المُكاتَبِ يُولَدُ لَهُ وَلَدٌ فِي كِتَابَتِهِ مِنْ سرِيَّتِهِ، أَنَّهُ لا يُوضَعُ عَنِ الأمِّ بِمَوْتِ ابْنِها وَلا عَنِ الابنِ بِمَوْتِ أَبِيهِ شَيْءٌ مِنَ الكِتَابَةِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، وَالثَّورِيُّ، وَسَائِرُ الكُوفِيِّينَ كَقَوْلِهم: إِنَّ كُلَّ مَنْ كَاتَبَ عَلى نَفْسِهِ وَوَلَدِهِ، أو عَلى أَجْنَبِيٍّ مَعَهُ، ثُمَّ مَاتَ هُوَ، أو غَيْرُهُ مِمَّنْ تَضَمَّنَتْهُ الكِتَابَةُ، فَإِنَّهُ يُوضَعُ عَنِ البَاقِينَ حِصَّتهُ مِنَ الكِتَابَةِ.

وَأَمَّا الَّذِي لا يَسْقُطُ بِمَوْتِهِ شَيْءٌ فَهُوَ مَنْ كَانَ تبعاً لأَبِيهِ مِمَّنْ وُلِدَ لَهُ فِي كِتَابَتِهِ مِنْ سرِيَّتِهِ.

وَهُوَ قَوْلُ جماعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ؛ مِنْهُم الحَسَنُ، وَالشَّعبيُّ، وَعَطاءٌ، وَعَمْرُو بْنُ دِينارٍ.

ذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثَنِي حَفْصٌ، قالَ: سَأَلْتُ عَمْرو [بْنَ عُبيدٍ]: مَا كانَ الحَسَنُ يَقُولُ فِي ذِلِكَ؟ قَالَ: كَانَ يَرْفَعُ عَنْهُم حِصَّةَ المَيِّتِ مِنْهُمْ.

قَالَ: وَحَدَّثَنِي وَكِيعٌ عَنِ الحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ، عَنْ أَشْعَثَ، عَنِ الشَّعْبِيِّ مِثْلَهُ.

قَالَ: وَحَدَّثَنِي الفَضْلُ بْنُ دكينٍ، عَنِ ابْنِ أَبِي عتبَةَ، عَنِ الحَكَمْ مِثْلَهُ.

وَذكرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: أَخْبَرنا ابْنُ جُريجٍ، عَنْ عَطاءٍ، قَالَ: إِنْ كَاتَبْتَ عَبْداً لَكَ وَلَهُ بَنُونَ، فَكَاتَبَ عَلى نَفْسِهِ وَعَنْهُمْ، فَماتَ أَبُوهُمْ، أو مَاتَ مِنهُم ميتٌ، فَقِيمَتُهُ يومَ يَمُوتُ تُوضَعُ مِنَ الكِتَابَةِ أو ثَمَنُهُ، كَما لَو أَعْتَقَه.

قَالَ: وَقالَ عَمْرُو بْنُ دِينارٍ مِثْلَهُ.

قالَ ابْنُ جُريجٍ: قُلْتُ لِعَمْرٍو: أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ الَّذِي مَاتَ أو عتقَ قِيمَةَ الكِتَابَةِ كُلَّها. قَالَ: يُقامُ هُوَ وَبَنُوهُ، فَإِنْ بَلَغَ مائةَ دِينارٍ، وَكَاتَبَ كِتابَتهم مائة دِينارٍ، فَاطرحَ ثَمَنَ الَّذِي أَعتقَ أو مَاتَ سُدُسَ المائة الدِّينارِ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلماءُ فِي اعْتِبَارِ حِصَّةِ الَّذِي يَمُوتُ أو يعْتقُ؛ فَقالَ

بَعْضُهم بِالقِيمَةِ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَهُوَ الثَّمَنُ عِنْدَ عَطاءٍ، وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ، وَقالَ آخَرُونَ: حِصَّتُهُ عَلى قَدْرِ غِناهُ وَكَسْبِهِ وَحَالِهِ، وَقالَ آخَرُونَ حِصَّتُهُ عَلى الرُّؤُوسِ بِالسَّوَاءِ.

قَالَ ابْنُ جُرِيجٍ، عَنْ أبِي مُلَيْكَةَ: إذَا كَاتَبَ عَلى نَفْسِهِ، وَعَلى بَنِيهِ، فَهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ، وَذُو الفَضْلِ، وَغَيْرُ ذِي الفَضْله، وَالمَرْأةُ وَالرَّجُلُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ، فَحِصَّتُهُ سَوَاءٌ.

وَقالَ مَعمرٌ: بَلَغَنِي فِي مُكاتَبٍ كَاتَبَ عَلى نَفْسِهِ وَبَنِيهِ، فَمَاتَ الأبُ، أو مَاتَ مِنْهُم مَيتٌ، فَإنَّهُ يُوضَعُ عَنْهُم بِقَدْرِ قِيمَةِ المَيِّتِ مِنْ قَدْرِ الكِتَابَةِ. قَالَ: وَإنْ كَانَ العِتْقُ، فَكَذَلِكَ.

قال أبو عمر: [لا أعْلَمُ خِلافاً، أنَّ السَّيِّدَ إذا أعْتَقَ أحَدَهُم، أنَّهُ يُسْقِطُ حِصَّتَهُ عَنْ غَيْرِهِ مِنْهُمْ، وَلَيْسَ لَهُ عِنْدَ مَالِكٍ أنْ يعْتقَ الَّذِي هُوَ أقْدَرُ عَلى السَّعْي بِهِمْ؛ لأنَّهُ غَرَرٌ بِهِمْ، وَسَتَأْتِي هَذِهِ المَسْألَةُ فِي بَابِها.

وَأمَّا المُكاتَبُ يُولَدُ لَهُ فِي كِتَابَتِهِ، أو المُكاتَبَة تُنكحُ، فَيُولَدُ لَها، فَإنْ مَاتَ فِي بَيْتِهِما، لا يُوضَعُ عَنهما بِذَلِكَ شَيْءٌ مِنْ كِتَابَتِهما عِنْدَ جَمَاعَةِ فُقَهاءِ الحِجَازِ وَالعِرَاقِ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ إنَّما انْعَقَدَتْ عَلى الأبِ أو الأمِّ، وَمَا حَدَثَ مِنَ البَنِينَ لَهما فِي الكِتَابَةِ، فَهُمْ تَبَعٌ لَهُمَا، يعْتقُونَ بعتْقِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما، ويرقُّونَ برِقِّهِمَا.

قَالَ: وَأخْبَرنا ابْنُ جُريجٍ، قَالَ: قَالَ لِي عَطاءٌ: إنْ كَاتَبْتَهُ وَلا وَلَدَ لَهُ، ثُمَّ وُلِدَ لَهُ مِنْ سريَّةٍ لَهُ، فَماتَ أبُوهم، لَمْ يُوضَعْ عَنْهُم لِمَوْتِهِ شَيْءٌ، وَكَانُوا عَلى كِتَابَةِ أبِيهم إنْ شَاؤوا، وَإنْ أبَوْا، كَانُوا رَقِيقاً، وَإنْ أعْتِقَ إنْسانٌ مِنْهُم، لَمْ يُوضَعْ عَنْهُمْ بِهِ شَيْءٌ؛ مِنْ أجْلِ أنَّهُ لَمْ يَكُنْ في كِتَابَةِ أبِيهم.

وَابْنُ جُريجٍ، عَنْ عَمْرو بْنِ دِينارٍ مِثْلُهُ، وَزَادَ عَمْرٌو، قَالَ: وَلَو أعْتَقَ أبُوهُ ـ يَعْنِي بَنِيهِ الَّذِين وُلِدُوا بَعْدَ كِتَابَتِهِ.

وَمَعمرٌ عَنْ قَتادَةَ، قَالَ: إنْ وُلِدَ لِلْمُكاتَبِ وَلَدٌ بَعْدَ الكِتَابَةِ، فأعْتقَ أو مَاتَ، لَمْ يحطْ بِذَلِكَ شَيْءٌ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ الثَّوْرِيِّ، فِي المُكَاتَبَةِ يُولَدُ لَها فِي كِتَابَتِها مِثْلَ ذَلِكَ.

قال أبو عمر: لا يَخْتَلِفُونَ فِي ذَلِكَ].

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إنْ مَاتَ المُكَاتَبُ، وَلَمْ يَتْرُكْ مَالاً، وَتَرَكَ ابْناً وُلِدَ لَهُ فِي كِتَابَتِهِ خَلَفَ ابنه، فَيَسْعى فِي الكِتَابَةِ عَلى نُجُومِها، فَإذا أدَّى عتقَ ابْنُهُ.

قَالَ مَالِكٌ[١]: فِي الْمُكَاتَبِ يَمُوتُ وَيَتْرُكُ مَالاً لَيْسَ فِيهِ وَفَاءُ الْكِتَابَةِ، وَيَتْرُكُ وَلَداً مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ، وَأُمَّ وَلَدٍ، فَأَرَادَتْ أُمُّ وَلَدِهِ أَنْ تَسْعَى عَلَيْهِمْ: إِنَّهُ يُدْفَعُ إِلَيْهَا الْمَالُ، إِذَا كَانَتْ مَأْمُونَةً عَلَى ذَلِكَ، قَوِيَّةً عَلى السَّعْيِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَوِيَّةً عَلى السَّعْيِ، وَلا مَأْمُونَةً عَلى الْمَالِ، لَمْ تُعْطَ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ، وَرَجَعَتْ هِيَ وَوَلَدُ الْمُكَاتَبِ رَقِيقاً لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ.

قال أبو عمر: خَالَفَهُ الشَّافِعِيُّ، وَالكُوفِيُّونَ؛ فقالُوا: أُمُّ وَلَدِ وَالمُكَاتَبُ إذا مَاتَ، مَالٌ مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ وَلَدُهُ السَّعْيَ فِي جَمِيعِ كِتَابَتِهِ، فَهُمْ رَقِيقٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذا المَعْنى عَنْهُمْ، وَحُجَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم.

قَالَ مَالِكٌ[٢]: إِذَا كَاتَبَ القَوْمُ جَمِيعاً كِتَابَةً وَاحِدَةً، وَلا رَحِمَ بَيْنَهُمْ فَعَجَزَ بَعْضُهُمْ وَسَعى بَعْضُهُمْ حَتَّى عَتَقُوا جَمِيعاً، فَإِنَّ الذِّينَ سَعَوْا يَرْجِعُونَ عَلى الَّذينَ عَجَزُوا بِحِصَّةِ مَا أَدَّوْا عَنْهُمْ؛ لأَنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلاءُ عَنْ بَعْضٍ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي هَذا البَابِ؛ فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: لا يرجعُ على مَنْ لَو ملكَهُ وَهُوَ حُرٌّ، عتقَ عَليهِ، وَرجعَ عَلى مَا سِوَاهُ مِنَ القرابات.

وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ نافعٍ.

وَقالَ أَشْهَبُ: إِذَا كَانُوا قَرابَةً، فَلا يَرْجِعُ عَلَيهِم، كَانُوا مِمَّنْ يعْتقُونَ عَلَيهِ لَو ملكَهُم، وَهُوَ حَرَامٌ، لا يعْتقُونَ عَليهِ، وَكَانُوا مِمَّنْ يرِثُونَ، [أَمْ مِمَّنْ لا يَرِثُونَ] لأَنَّ أَدَاءَهُ عَنْهُم، إِمَّا هُوَ عَلى وَجْهِ العَطْفِ وَالصِّلَةِ.

وَهُوَ كَقَوْله الشَّافِعِيِّ؛ لأَنَّهُ قَالَ: لا يَنصَرِفُ عَلَيهِمْ إِلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ؛ لأَنَّهُ تَطَوَّعَ بِذَلِكَ عَنْهُمْ.

وَقالَ ابْنُ كنانَةَ: إِنْ كَانُوا يَتَوارَثُونَ، فَلا يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ.

وَقالَ المُغِيرَةُ: يرْجعُ عَلَيهم كَائِناً مَا كَانُوا؛ لأَنَّ أَدَاءَهُ عَنْهُمْ إِنَّما هُوَ مِنْ بَابِ الحمَالَةِ.

قال أبو عمر: أَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَمَذْهَبُهُ أَنَّ مَا عَدَا الوَالِد وَإِنْ عَلا مِنَ الآبَاءِ، وَالوَلَدِ وَإِنْ سَفلَ مِنَ الأَبْنَاءِ؛ فَإِنَّهُم يعْتقُونَ عَلى مَنْ مَلَكَهُم، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ فِي كِتَابَةٍ وَاحِدَةٍ مَن يعتقُ عَلَيهِ، وَأَدَّى بَعْضُهم عَنْ بَعْضٍ، لَم يرْجِعْ عَلى سَائِرِهِمْ بِشَيْءٍ؛ لأَنَّهُمْ يَعْتقُونَ عَلَيه لَو مَلَكَهُمْ.

وَكَذَلِكَ الأَخُ عِنْدَ مَالِكٍ، مِنْ أَيِّ وَجْهٍ كَانَ مَعَ الأَبِ وَإِنْ عَلا، أَو الابْنُ وَإِنْ سَفلَ.

---

(١) الموطأ، ص٧٩٩.
(٢) انظر الحاشية السابقة.

وَكَذَلِكَ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَمُحمدٍ، وَالثَّورِيِّ.

وَلأبِي حَنِيفَةَ فِي ذَلِكَ قَوْلانِ؛ أَحَدُهما، الابْنُ وَحْدهُ، والآخرُ، كَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ.

٧ ـ باب عتق المكاتب إذا أدى ما عليه قبل محله

١٥٠٦ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ سَمِعَ رَبِيعَةَ بْنَ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمنِ، وَغَيْرَهُ، يَذْكُرُونَ أَنَّ مُكَاتَباً كَانَ لِلْفُرَافِصَةِ بْنِ عُمَيْرٍ الْحَنَفِيِّ، وَأَنَّهُ عَرَضَ عَلَيْهِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ جَمِيعَ مَا عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، فَأَبَى الْفُرَافِصَةُ، فَأَتَى الْمُكَاتَبُ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكمِ، وَهُوَ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَدَعَا مَرْوَانُ الفُرَافِصَةَ، فَقَالَ لَهُ ذَلِكَ، فَأَبَى فَأَمَرَ مَرْوَانُ بِذَلِكَ الْمَالِ أَنْ يُقْبَضَ مِنَ الْمُكَاتَبِ، فَيُوضَعَ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَقَالَ لِلْمُكَاتَبِ: اذْهَبْ فَقَدْ عَتَقْتَ، فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ الْفُرَافِصَةُ، قَبَضَ الْمَالَ.

قَالَ مَالِكٌ: فَالأَمْرُ عِنْدَنَا، أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا أَدَّى جَمِيعَ مَا عَلَيْهِ مِنْ نُجُومِهِ، قَبْلَ مَحِلِّها، جَازَ ذَلِكَ لَهُ، وَلَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَأْبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَضَعُ عَنِ الْمُكَاتَبِ بِذَلِكَ كُلَّ شَرْطٍ، أَوْ خِدْمَةٍ أَوْ سَفرٍ؛ لأَنَّهُ لا تَتِمُّ عَتَاقَةُ رَجُلٍ وَعَلَيْهِ بَقِيَّةٌ مِنْ رِقٍّ وَلا تَتِمُّ حُرْمَتُهُ، وَلا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، وَلا يَجِبُ مِيرَاثُهُ، وَلا أَشْبَاهُ هَذَا مِنْ أَمْرِهِ، وَلا يَنْبَغِي لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ خِدْمَةً بَعْدَ عَتَاقَتِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فِي مُكَاتَبٍ مَرِضَ مَرَضاً شَدِيداً، فَأَرَادَ أَنْ يَدْفَعَ نُجُومَهُ كُلَّهَا إِلَى سَيِّدِهِ، لأَنْ يَرِثَهُ وَرَثَةٌ لَهُ أَحْرَارٌ، وَلَيْسَ مَعَهُ، فِي كِتَابَتِهِ، وَلَدٌ لَه.

قَالَ مَالِكٌ: ذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ؛ لأَنَّهُ تَتِمُّ بِذَلِكَ حُرْمَتُهُ، وَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ، وَيَجُوزُ اعْتِرَافُهُ بِمَا عَلَيْهِ مِنْ دُيُونِ النَّاسِ، وَتَجُوزُ وَصِيَّتُهُ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَأْبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ، بِأَنْ يَقُولَ: فَرَّ مِنِّي بِمَالِهِ.

قال أبو عمر: أَمَّا قَضَاءُ مَرْوَانَ عَلى الفُرَافِصَةِ بْنِ عُمَيْرٍ؛ فَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، وَعُثْمانَ بْنِ عَفَّانَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُما ـ، وَأَظُنُّ مَرْوَانَ بَلَغَهُ ذَلِكَ، فَقضى بِهِ، وَكَذَلِكَ قَضى عَمْرُو بْنُ سَعِيدٍ فِي إِمَارَتِهِ.

ذَكرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[1]، قَالَ: أَخْبَرنا إِسْرَائِيلُ بْن يُونُسَ، قَالَ: أَخْبَرَنا عَبْدُ العَزِيزِ بْنُ رفيعٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحمدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، قَالَ: كَاتَبَ رَجُلٌ غُلاماً

١٥٠٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٩، من كتاب المكاتب، باب ٧ (عتق المكاتب إذا أدى ما عليه قبل محله).

(١) المصنف ٨/ ٤٠٤.

لَهُ عَلى أَوَاقٍ سَمَّاهَا، وَنَجَّمها عَلَيه نُجُوماً، فَأَتَاهُ العَبْدُ بِمَالِهِ كُلِّهِ، فَأَبى أَنْ يقبلَهُ إلا عَلى نُجُومِهِ؛ رَجاءَ أَنْ يرِثَهُ، فَأتى عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ، فَأَخْبَرَهُ، فَأَرْسلَ إِلى سَيِّدِه، فَأَبى أَنْ يَأْخُذَها، فَقالَ عُمَرُ: خُذْهَا فَاطْرَحْهُ فِي بَيْتِ المَالِ، وَأَعْطِهِ نُجومَهُ، وَقالَ لِلْعَبْدِ: اذْهَبْ فَقَدْ عُتِقْتَ، فَلمَّا رَأى ذَلِكَ سَيِّدُ العَبْدِ، قَبِلَ المَالَ.

قَالَ: وَأَخْبَرَنا معمرٌ، عَنْ أَيُّوبَ، عَنْ أَبِي قلابَةَ، قَالَ: كَاتَبَ عَبْدٌ عَلى أَرْبَعَةِ آلافٍ، أو خَمْسَةِ آلافٍ، فَجاءَ بِها إلى سَيِّدِهِ، فَقالَ: خُذْهَا جَميعاً وَصلنِي، فَأَبى سَيِّدُهُ إلا أَنْ يَأْخُذَها فِي كُلِّ سَنَةٍ نَجماً؛ رَجاءَ أَنْ يرِثَهُ، فَأَتى عُثْمانَ بْنَ عَفَّانَ، فَذكرَ ذَلِكَ لَهُ، فَدَعاهُ عُثْمانُ، فعرضَ عَلَيهِ أَنْ يَقْبَلَها مِنَ العَبْدِ، فَأَبى، فَقالَ لِلْعَبْدِ: ائْتِنِي بِما عَلَيْكَ، فَأَتَاهُ بِهِ، فَجَعَلَهُ فِي بَيْتِ المَالِ، وَكَتَبَ لَهُ عِتْقاً، وَقالَ لِلْمولى: ائْتِنِي كُلَّ سَنَةٍ، فَخُذْ نجماً، فَلمَّا رَأَى ذَلِكَ، أَخَذَ مَالَهُ وَكَتَبَ عِتقهُ[(١)].

قالَ: وَأَخْبَرنا ابْنُ جُريجٍ، قالَ: أَخْبَرَنِي عَطاءٌ، أَنَّ مُكَاتباً عَرَضَ عَلى سَيِّدِهِ بَقِيَّةَ كِتَابَتِهِ، فَأَبى سَيِّدُهُ، فَقالَ لَهُ عَمْرُو بْنُ سَعِيدٍ، وَهُوَ أَمِيرُ مَكَّةَ: هَلُمَ مَا بَقِيَ عَلَيْكَ، فَضَعْهُ فِي بَيْتِ المَالِ، وَأَنْتَ حُرٌّ، وَخُذْ أَنْتَ نُجُومَكَ فِي كُلِّ عَامٍ، فَلمَّا رَأى ذَلِكَ سَيِّدُهُ، أَخَذَ مَالَهُ[(٢)].

قَالَ: وَأَخْبَرنا ابْنُ جُريجٍ، قالَ: أَخْبَرَنِي ابْنُ مسافعَ، عَنْ مَرْوَانَ، أَنَّهُ قَضى بِمِثْلِ هَذِهِ القَضِيَّةِ فِي وردان.

قال أبو عمر: عَلى هَذا مَضى القَضاءُ عِنْدَ جُمْهُورِ الفُقَهاءِ بِالحِجَازِ، وَالشَّامِ، وَالعِراقِ.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ.

وَذكرَ المزنيُّ، عَنِ الشَّافِعِيِّ: وَيُجبَرُ السَّيِّدُ عَلى قَبُولِ النَّجمِ إذا عَجَّلَهُ لَهُ المُكَاتَبُ.

وَاحْتَجَّ فِي ذَلِكَ بِعُمَرَ بْنِ الخطَّابِ.

قالَ الشَّافعيُّ: إِذَا كَانَتْ دَنَانِيرَ، أَو دَرَاهِمَ، أو مَا [لا] يتغَيَّرُ عَلى طُولِ العَهْدِ الحَديدُ، والنُّحاسُ، وَمَا أَشْبَهَهُ، وَأَمَّا مَا يَتغَيَّرُ عَلى المكْثِ، أَو كَانَتْ لحمُولَتِهِ مُؤْنَةٌ، فَلَيْسَ عَلَيهِ قَبُولُهُ، إلا فِي مَوْضِعِهِ.

قالَ: فَإِنْ كَانَ فِي طَرِيقٍ حِرَابَةٍ، أو فِي بَلَدٍ فِيهِ نهبٌ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ، إلا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ المَوْضِعِ كَاتَبَهُ فَيَلْزَمُهُ قَبُولُهُ.

---

(١) انظر الحاشية السابقة.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٨/ ٤٠٥.

قال أبو عمر: وَجهُ قَوْلِ مَالِكٍ: عَلى سَيِّدِ المُكَاتَبِ قَبولُ الكِتَابَةِ مِنْهُ مَرِيضاً كَانَ المُكَاتَبُ أو صَحِيحاً؛ لأنَّ المُكَاتَبَةَ عَقْدُ عتْقٍ عَلى صِفَةٍ، وَهِيَ الأدَاءُ فَإذَا أدَّاها لَزِمَ السَّيِّدَ قَبُولُها، فَإنِ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ، أُجْبِرَ عَلَيهِ؛ لأنَّهُ حَقٌّ لِلْمُكَاتَبِ، وَمَعْلُومٌ أنَّ التَّأْخِيرَ إنَّما كَانَ رِفْقاً بِالمُكَاتَبِ لا بِالسَّيدِ، فَإذَا رَضِيَ المُكَاتَبُ بِتَعْجِيلِ الكِتَابَةِ، لَمْ يَكُنْ لامْتِنَاعِ السَّيِّدِ مِنْ ذَلِكَ وَجهٌ إلا الإضْرَارُ، فَوَجَبَ أنْ يمنعَ مِنْهُ، وَيُجْبَرُ عَلى القَبُولِ لِلْمَالِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الخَيْرِ لَهُمَا جَمِيعاً، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٨ ـ باب ميراث المكاتب إذا عتق

١٥٠٧ ـ مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنْ مُكَاتَبٍ كَانَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، فَمَاتَ الْمُكَاتَبُ، وَتَرَكَ مَالاً كَثِيراً، فَقَالَ يُؤَدَّى إِلى الَّذي تَمَاسَكَ بِكِتَابَتِهِ، الَّذي بَقِيَ لَهُ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بِالسَّوِيَّةِ.

قال أبو عمر: قَوْلُ مَالِكٍ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ كَقَوْلِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، عَلى اخْتِلافٍ عَنْهُ، وَعَنْ أَصْحَابِهِ فِي بَعْضِ مَعْنَاها، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ عَنْهُمْ فِي بَابِ: القطاعَةُ فِي الكِتَابَةِ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ السَّلَفُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ عَلى أَقْوَالٍ:

فَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[1]، عَنِ ابْنِ جُرِيجٍ، قالَ: سَأَلْتُ عَطَاءً عَنْ عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ؛ أَعْتَقَ أَحَدُهُما شطْرَهُ، وَأَمْسَكَ الآخَرُ، ثُمَّ مَاتَ، قالَ: لَهُمْ مِيرَاثُهُ شطْرَيْنِ بَيْنَهُمَا.

وقاله عَمْرُو بْنُ دِينارٍ.

قالَ: وَأَخْبَرنا مَعمرٌ، [عَنْ أَيُوبَ، عَنْ إِياسِ بْنِ مُعاوِيَةَ، أَنَّهُ قَضى بِمِثْلِ قَوْلِ عَطَاءٍ.

وَعَنْ مَعمرٍ، عَنِ ابْنِ طَاوسٍ، عَنْ أَبِيهِ مِثْلُهُ.

وَقَوْلُ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ، كَقَوْلِ عَطاءٍ، وَطَاوسٍ، وَإِياسٍ.

قَالَ: وَأَخْبَرَنا مَعمرٌ،] عَنِ الزُهريِّ، قالَ: مِيرَاثُهُ لِلَّذي أَمْسَكَ.

قالَ: وَأَخْبَرَنا ابْنُ جُرَيجٍ، قالَ: قَالَ لِي ابْنُ شِهابٍ: الرِّقُّ يغْلِبُ النَّسَبَ، فَهُوَ لِلْعِتْقِ أَغْلَبُ.

قالَ: وَأَخْبَرنا مَعمرٌ، عَنْ قَتادَةَ، قالَ: مِيرَاثُهُ لِلَّذي أَعْتَقَ، [وَيَكُونُ لِصَاحِبِهِ ثَمَنُهُ].

١٥٠٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٠، من كتاب المكاتب، باب ٨ (ميراث المكاتب إذا عتق).

(١) المصنف ٨/ ٣٩٥.

قَالَ معمرٌ: وَأَمَّا ابْنُ شُبْرُمَةَ، فَقالَ وَلاؤُهُ، وَمِيرَاثُهُ لِلأَوَّلِ؛ لأَنَّهُ قَدْ ضمنَهُ حِينَ أَعْتَقَهُ.

وَلِلشَّافِعِيِّ فِيها قَوْلانِ؛ أَحَدُهما: أَنَّ مَا خَلَّفَهُ المُكَاتَبُ [إِذَا مَاتَ]، فَبَيْنَهُما الشطْرانِ، يَرِثُهُ المُعْتَقُ لِنَصِيبِهِ بِقَدْرِ الحُرِّيةِ فِيهِ، وَيَرِثُهُ الآخَرُ بِقَدْرِ العُبُودِيَّةِ فِيهِ.

والآخَرُ: مِثْلُ قَوْلِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ.

وَقَوْلُ الثَّوْرِيِّ كَقَوْلِ ابْنِ شُبْرُمَةَ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ.

وَسَنزِيدُ هَذِهِ المَسْأَلَةَ بَياناً فِي بَابِ العتْقِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

قَالَ مَالِكٌ[1]: إِذَا كَاتَبَ الْمُكَاتَبُ فَعَتَقَ، فَإِنَّمَا يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِمَنْ كَاتَبَهُ مِنَ الرِّجَالِ، يَوْمَ تُوُفِّي الْمُكَاتَبُ، مِنْ وَلَدٍ أَوْ عَصَبَةٍ.

[قَالَ: وَهَذَا أَيْضاً فِي كُلِّ مَنْ أُعْتِقَ، فَإِنَّمَا مِيرَاثُهُ لأَقْرَبِ النَّاسِ مِمَّنْ أَعْتَقَهُ، مِنْ وَلَدٍ أَوْ عَصَبَةٍ] مِنَ الرِّجَالِ، يَوْمَ يَمُوتُ الْمُعْتَقُ، بَعْدَ أَنْ يَعْتِقَ، وَيَصِيرَ مَوْرُوثاً بِالْوَلاءِ.

قال أبو عمر: عَلى هَذَا قَوْلُ جُمْهُورِ الفُقهاءِ؛ أَنَّ مِيرَاثَ الوَلاءِ، لا يَرِثُهُ إِلا العَصَبَاتُ مِنَ الرِّجَالِ دُونَ النِّساءِ، وَأَنَّ النِّسَاءَ [لا يَرِثْنَ إِلا وَلاء مَنْ أَعْتَقْنَ، أَو كَاتَبْنَ]، أو يعتقَ مَنْ أَعْتَقْنَ، أو كَاتَبْنَ، وَلا يستحقُّ مِيرَاثَ مَنْ مَاتَ مِنَ المَوَالِي، إلا أَقْعَدُ النَّاسِ بِمَنْ أَعْتَقَهُ، وَأَقْرَبُه إِليهِ يوم يَمُوتُ المُولي مِنْ عَصَبَتِهِ.

وَالعَصَبَةُ البَنُونَ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا، ثُمَّ الأبُ بَعْدَ وَلَدِهِ، وَوَلَدِ وَلَدِهِ، ثُمَّ الإِخْوَةُ؛ لأَنَّهُمْ بَنُو الأبِ، ثُمَّ بَنُو الإِخْوَةِ وَإِنْ سَفَلُوا، ثُمَّ الجَدُّ أو الأبُ، ثُمَّ العَمُّ؛ لأَنَّهُ ابْنُ الجَدِّ، ثُمَّ بَنُو العَمِّ، وَعَلى هَذَا التَّنْزِيلِ، وَهَذا المجْرى يَجْرِي مِيرَاثُ الوَلاءِ.

وَرَوى ابْنُ المُبارَكِ، عَنْ يُونُسَ بْنِ يَزِيدَ، عَنِ الزُّهرِيِّ، أَنَّهُ أَخْبَرَهُ عَنْ سَالِمٍ، أَنَّ ابْنَ عُمَرَ، كَانَ يَرِثُ مَوَالِي عُمَرَ دُونَ بَنَاتِ عُمَرَ.

وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ، وَزَيْدٍ، وَابْنِ مَسْعُودٍ، وَعَلَيهِ جُمْهُورُ أَهْلِ العِلْمِ القَائِلُونَ بِأَنَّ الوَلاءَ لِلكبرِ.

وَمَعْنى الوَلاءِ لِلكبرِ، أيْ: للأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ مِنَ المُعْتقِ السّيد حينَ يَمُوتَ المُعتقُ المَولِي، وَلَمْ يَجْعَلُوهُ مُشْتَركاً بَيْنَ ذَوِي الفُرُوضِ وَالعَصَبَاتِ عَلى طَرِيقِ الفَرَائِضِ.

مِثَالُ ذَلِكَ: أَخَوَانِ، وَرِثا مَوْلى كَانَ أَبُوهُما قَدْ أَعْتَقَهُ، فَماتَ أَحَدُ الأخوَيْنِ، وَتركَ وَلداً، وَمَاتَ المَوْلى؛ فَمَنْ قَالَ «الوَلاءُ لِلكبرِ» قَالَ: المِيرَاثُ للأَخِ دُونَ ابْنِ الأخِ.

(١) الموطأ، ص٨٠١.

وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ، إلا شُرَيْحاً وَفِرْقَةً؛ لأَنَّهُمْ جَعَلُوا مِيرَاثَ الوَلاءِ كَمِيرَاثِ المَالِ.

ذَكَرَ حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، عَنْ قَتَادَةَ، أَنَّ شُرَيْحاً، قَالَ فِي رَجُلٍ تَرَكَ جَدَّهُ وَابْنَهُ، قَالَ: لِلْجَدِّ السُّدُسُ مِنَ الوَلاءِ، وَمَا بَقِيَ فَلِلابْنِ.

قَالَ قَتَادَةُ، وَقالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: الوَلاءُ كُلُّهُ للابْنِ.

[قَالَ حَمَّادُ: وَسَأَلْتُ عَنْها إِيَاسَ بْنَ مُعَاوِيَةَ، فَقالَ: كُلُّهُ للابْنِ]. وقالَ: كُلُّ إِنْسَانٍ لَهُ فَرِيضَةٌ مُسَمَّاةٌ، فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الوَلاءِ شَيْءٌ.

قال أبو عمر: يَعْنِي أَنَّ كُلَّ مَنْ لا يَرِثُ إلا بِفَرْضٍ مُسَمّى، فَلا يَدْخُلُ لَهُ فِي مِيرَاثِ الوَلاءِ، وَأَمَّا مَنْ يَرِثُ فِي حَالٍ بِفَرْضٍ مُسَمّى، وَفِي حَالٍ بِالتَّعصِيبِ، فَإِنَّهُ لا يَكُونُ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الوَلاءِ فِي الحَالِ الَّتِي لَهُ فِيها فَرْضٌ مُسَمّى، وَإِنْ كَانَ قَدْ يَكُونُ عَصبَةً فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، فَيَكُونُ لَهُ الوَلاءُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: الإِخْوَةُ فِي الْكِتَابَةِ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ، إِذَا كُوتِبُوا جَمِيعاً كِتَابَةً وَاحِدَةً، إِذَا لَمْ يَكُنْ لأَحَدٍ مِنْهُمْ وَلَدٌ، كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، أَوْ وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ، أَوْ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، ثُمَّ هَلَكَ أَحَدُهُمْ وَتَرَكَ مَالاً، أُدِّيَ عَنْهُمْ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ كِتَابَتِهِمْ، وَعَتَقُوا، وَكَانَ فَضْلُ الْمَالِ بَعْدَ ذَلِكَ لِوَلَدِهِ دُونَ إِخْوَتِهِ].

قال أبو عمر: مَعْنى قَوْلِهِ أَنَّ الإِخْوَةَ إذا كَاتَبَ عَلَيْهِم، جَرَوْا مَجرى البَنِينَ الَّذِين وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ، أو كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، يَرِثُونَهُ بَعْدَ أَدَاءِ كِتَابَتِهِ مِمَّا يُخلِفُهُ، فَإِذَا أَدَّوا الكِتَابَةَ مِنَ المَالِ الَّذِي تَرَكَهُ، وَرِثُوا الفضلَ، كَما يَصْنَعُ البَنُونَ الَّذِينَ وُلِدُوا مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ، أو كَاتَبَ عليهم سَوَاءٌ، إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُم فِي الكِتَابَةِ بَنُونَ، وَرِثُوهُ دُونَ الإِخْوَةِ الَّذِينَ مَعَهُم فِي الكِتَابَةِ، وَلا يَرِثُهُ إلا مَنْ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ دُونَ بَنِيهِ الأَحْرَارِ وَغَيْرِهِمْ، إِذَا كَانُوا بَنِينَ وَإِخْوَةً.

هَذا كُلُّهُ قَوْلُ مَالِكٍ، رَحِمَهُ اللَّهُ وَمَذْهَبُهُ، [وَقَدْ مَضى] مَا لِلْعُلماءِ مِنَ التَّنَازُعِ والاخْتِلافِ فِي هَذا البَابِ، فَأَغْنى ذَلِكَ عَنْ تَكْرَارِهِ.

٩ ـ باب الشرط في المكاتب

١٥٠٨ ـ قَالَ مَالِكٌ: فِي رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْدَهُ بِذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِي

---

(١) الموطأ، ص٨٠١.

١٥٠٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ١١، من كتاب المكاتب، باب ٩ (الشرط في المكاتب).

كِتَابَتِهِ سَفراً أَوْ خِدْمَةً أَوْ ضَحِيَّةً: إِنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ سمًى بِاسْمِهِ، ثُمَّ قَوِيَ الْمُكَاتَبُ عَلَى أَدَاءِ نُجومِهِ كُلِّهَا قَبْلَ مَحِلِّهَا.

قَالَ: إِذَا أَدَّى نُجومَهُ كُلَّهَا، وَعَلَيْهِ هَذَا الشَّرْطُ عَتَقَ فَتَمَّتْ حُرْمَتُهُ، وَنُظِرَ إِلَى مَا شَرَطَ عَلَيْهِ مِنْ خِدْمَةٍ أَوْ سَفرٍ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يُعَالِجُهُ هُوَ بِنَفْسِهِ، فَذَلِكَ مَوْضُوعٌ عَنْهُ، لَيْسَ لِسَيِّدِهِ فِيه شَيْءٌ، وَمَا كَانَ مِنْ ضَحِيَّةٍ أَوْ كِسْوَةٍ أَوْ شَيْءٍ يُؤَدِّيهِ، فَإِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ، يُقَوَّمُ ذَلِكَ عَلَيْهِ، فَيَدْفَعُهُ مَعَ نُجومِهِ، وَلا يَعْتِقُ حَتَّى يَدْفَعَ ذَلِكَ مَعَ نُجُومِهِ.

قال أبو عمر: هَكَذا هُوَ فِي «المُوَطَّأ» عِنْدَ رُوَاتِهِ، وَذكرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ، فِي المُخْتَصَرِ الصَّغِيرِ، عَنْ مَالِكٍ، أَنَّهُ لا بأْسَ أَنْ يشترطِ الرَّجُلُ على مُكَاتَبِهِ؛ سَفَراً، أو خدْمَةً، يُؤَدِّي ذَلِكَ إِليهِ مَعَ كِتَابَتِهِ، وزَعَمَ ابْنُ الجهمِ، أَنَّ هَذَا خِلافٌ لِمَا فِي «المُوَطَّأ».

[وَلَيْسَ ذَلِكَ عِنْدِي بِخِلافٍ؛ لأنَّ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ عَبْد الحَكَمِ، إِنَّما هُوَ جَوازُ مَا تَنْعَقِدُ عَلَيهِ الكِتَابَةُ، وَالَّذِي ذَكَرَهُ مَالِكٌ، فِي «المُوَطَّأ»، حُكْمُ ذَلِكَ تَعْجيلُ المُكاتَبِ كِتَابَتَهُ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ الفُقَهاءُ قَدِيماً وَحَدِيثاً، فِي هَذا المَعْنى؛ فَمِنْهُم مَنْ لَمْ يَرَ أَنْ يُثبت عَلى المُكَاتَبِ خِدْمَةً بعدَ أَدَاءِ نُجُومِهِ، وَلا بَعْدَ عتْقِهِ.

وَمِنهُم مَنْ رَأى أَنَّ السَّيِّدِ فِي ذَلِكَ عَلى شَرْطِهِ، وَلا يعْتِقُ المُكاتَبُ حَتَّى يخدمَ وَيَأْتِي بِجَمِيعِ مَا شرطَ عَلَيهِ.

وَحُجَّةُ مَنْ ذَهَبَ إِلى هَذا، حَدِيثُ مُوسى بْنِ عُقْبَةَ، وَأَيُّوبَ بْنِ مُوسى، وَعُبيدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، [وَغَيْرِهِمْ]، عَنْ نَافعٍ، عَنْ ابنِ عُمَرَ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ أَعْتَقَ فِي وَصِيَّتِهِ كُلَّ مُصَلٍّ مِنْ سَبْيِ العَرَبِ فِي مَالِ اللَّهِ، وَشَرَطَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَخْدِمُوا الخَلِيفَةَ [بَعْدَهُ] ثَلاثَ سَنَوَاتٍ.

[وَمِنهُم مَنْ يَرْوِي فِي هَذَا الحَدِيثَ، أَنَّهُ نَبَّه (على) عتقهم فِي مَرَضِهِ، وَشَرطَ عَلَيْهِمْ، أَنْ يخْدمُوا الخَلِيفَةَ بَعْدَهُ ثَلاثَ سِنِينَ.

[وَمعمرٌ، عَنِ ابنِ شِهابٍ، قَالَ: أَعْتَقَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ، رَقِيقَ الإِمَارَةِ، وَشَرطَ عَلَيْهِمْ أَنْ يخْدمُوا الخَلِيفَةَ بَعْدَهُ ثَلاثَ سِنِينَ]، وَأَنَّهُ يَصْحَبُكُمْ بِمِثْلِ مَا كُنْتُ أَصْحبُكُمْ بِهِ.

وَابْتَاعَ أَحَدُهُم خِدْمَتهُ مِنْ عُثمانَ بِوَصِيفٍ لَهُ.

وَمِمَّنْ رَأى أَنَّ الشَّرْطَ بَاطِلٌ؛ ابْنُ المُسَيَّبِ، وَشُرَيحٌ، وَعَطاءٌ.

قالَ ابْنُ جُرِيج: قُلْتُ لِعطَاءٍ شَرَطُوا عَلى المُكَاتَبِ، أَنَّكَ تَخْدُمُنَا شَهْراً بَعْدَ العِتْقِ، قَالَ: لا يَجُوزُ.

وَقَالَ عَمْرُو بْنُ دِينارٍ: مَا أرى كُلَّ شَرْطٍ اشْتُرِطَ عَلَيهِ فِي الكِتَابَةِ، إلا جَائِزاً بَعْدَ العِتْقِ.

[وَمَعمرٌ، عَن ابْنِ المُسَيَّبِ، عَنْ قَتَادَةَ، قَالَ: كُلُّ شَرْطٍ بَعْدَ العِتْقِ، فَهُوَ بَاطِلٌ.

وَقَالَهُ ابْنُ شِهَابٍ].

قال أبو عمر: [القِيَاسُ أَلا يعتقَ إلا بَعْدَ الخُرُوجِ مِمَّا شرطَ عليهِ؛ لأنَهُ عتقَ نِصْفَهُ، فَلا يَقَعُ بِوُجُودِها، وَلَيْسَتْ الكِتَابَةُ اشْتِراءً مِنْهُ لِنَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ؛ لأنَّهُ لَو كَانَ كَذَلِكَ، لَمْ يَعُدْ بالعَجْزِ عَنِ الأدَاءِ رَقِيقاً، وَلَكَانَ ذَلِكَ فِي ذِمَّتِهِ كَسَائِرِ أَثْمانِ السِّلَعِ المَبِيعَةِ بِالنظرةِ، ولم يجب لهذا أن العبد إن يعتقه سيده، عَلى أَنْ يَخدمَهُ سِنِينَ معْلُومَةً، أَنَّهُ لا يعْتَقُ إلا بِذَلِكَ.

وَقِيلَ: قِيلَ: إنَّ مَالِكاً إنّما أَسْقَطَ عَنِ المُكاتَبِ إذا عَجلَ نُجومَهُ الخِدْمَةَ اليَسِيرَةَ، والأَسْفَارَ القَلِيلةَ، وَلَيْسَ فِي قَوْلِ مَالِكٍ، فِي «المُوَطَّأ» مَا يَدُلُّ عَلى ذَلِكَ، وَلا يهمنا القَوْلُ أَيضاً مَعْنى إلا التَّحَكُّمَ فِي الفَرْقِ بَيْنَ يَسِيرِ الخِدْمَةِ وَكَثِيرِهَا].

قَالَ مَالِكٌ(١): الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، الَّذِي لا اخْتِلافَ فِيهِ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدٍ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ، بعدَ خِدْمَةِ عَشْرِ سِنِينَ، فَإِذَا هَلَكَ سَيِّدُهُ الَّذِي أَعْتَقَهُ قَبْلَ عَشْرِ سِنِين، فَإِنَّ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ، مِنْ خِدْمَتِهِ، لِوَرَثَتِهِ، وَكَانَ وَلاؤُهُ لِلَّذِي عَقَدَ عِتْقَهُ، وَلِوَلَدِهِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الْعَصَبَةِ.

قال أبو عمر: هَذا يَقْضِي بِصِحَّةِ مَا رَوَاهُ ابْنُ عَبْدِ الحَكَم، دُونَ مَا رَسَمَهُ فِي «مُوَطَّئِهِ» فِي المَسْأَلَةِ قَبْلَ هَذِهِ، وَعَلى هَذا قَوْلُ فُقهاءِ الحِجَازِ، وَالعِرَاقِ، وَالشَّامِ، وَمِصْرَ.

قَالَ مَالِكٌ(٢): فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِطُ عَلَى مُكَاتَبِهِ أَنَّكَ لا تُسافِرُ وَلا تَنْكِحُ وَلا تَخْرُجُ مِنْ أَرْضِي إلا بِإِذْنِي، فَإِنْ فَعَلْتَ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِي، فَمَحْوُ كِتَابَتِكَ بِيَدِي.

قَالَ مَالِكٌ(٣): لَيْسَ مَحْوُ كِتَابَتِهِ بِيَدِهِ، إنْ فَعَلَ الْمُكَاتَبُ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ، وَلْيَرْفَعْ سَيِّدُهُ ذَلِكَ إِلَى السُّلْطَانِ، وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَنْكِحَ وَلا يُسافِرَ، وَلا يَخْرُجَ مِنْ أَرْضِ

---

(١) الموطأ، ص٨٠٢.
(٢) انظر الحاشية السابقة.
(٣) الموطأ، ص٨٠٢، ٨٠٣.

سَيِّدِهِ إلا بِإِذْنِهِ، اشْتَرَطَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ، وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ بِمائَةِ دِينَارٍ، وَلَهُ أَلْفُ دِينَارٍ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، فَيَنْطَلِقُ فَيَنْكِحُ الْمَرْأَةَ، فَيُصْدِقُها الصَّدَاقَ الَّذِي يُجْحِفُ بِمَالِهِ، وَيَكُونُ فِيهِ عَجْزُهُ، فَيَرْجِعُ إِلَى سَيِّدِهِ عَبْداً لا مَالَ لَهُ، أَوْ يُسَافِرُ فَتَحِلُّ نجُومُهُ وَهُوَ غَائِبٌ، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ، وَلا عَلى ذَلِكَ كَاتَبَهُ، وَذَلِكَ بِيَدِ سَيِّدِهِ، إِنْ شَاءَ أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ مَنَعَهُ.

قال أبو عمر: أمَّا قَوْلُهُ: لَيسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ ينكحَ، فَهُو قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ؛ قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ: لَيسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ ينكحَ إلا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلا يَتَسَرَّى بِحَالٍ.

قال أبو عمر: هَذا عَلى أَصْلِ مَذْهَبِهِمَا؛ أَنَّ العَبْدَ لا يَتَسَرَّى بِحَالٍ؛ لأَنَّهُ لا يَمْلِكُ، وَسَتَأْتِي مَسْأَلَةُ تسرِّي العَبْدِ، فِي مَوْضِعِها، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[(١)]، قَالَ: أَخْبَرَنِي رَجُلٌ مِنْ قيس قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا حَنِيفَةَ: هَلْ يُكْتَبُ فِي كِتَابَةِ المُكاتَبِ، «إِنَّكَ لا تَخْرُجُ إِلا بِإِذْنِي»؟ قَالَ: لا قُلْتُ: لِمَ؟ قَالَ: لأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ وَأَنْ يَبْتَغِي مِنْ فَضْلِ اللَّهِ، وَالخُرُوجِ مِنَ الطَّلَبِ. قَالَ: فَهَلْ يكتبُ لَهُ أَنْ لا يَتَزَوَّجَ إِلا بِإِذْنِهِ؟ قَالَ إِنْ كَتَبَهُ فَحَسَنٌ، وَإِنْ لَمْ يَكْتُبْهُ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ إِلا بِإِذْنِهِ، قُلْتُ لَهُ: فَهَلْ يَقُولُ غَيْرُكَ: إِنَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ عَلَيهِ؟ قَالَ: نَعَمْ، قُلْتُ: أَفَيَكْتُبُهُ إِذَا خَافَ غَيْرُكُمْ؟ قَالَ: نَعَمْ.

قال أبو عمر: لَمْ يَسْمَعْ عَبْدُ الرَّزَّاقِ أَنَّ هَذِهِ المَسْأَلَةَ مِنْ أَبِي حَنِيفَةَ كَما ترى، وَقَدْ سمعَ مِنْهُ كَثِيراً.

وَأَمَّا السَّفَرُ لِلْمُكَاتَبِ؛ فَالأَكْثَرُ مِنَ العُلماءِ يستحبُّونَهُ لِلْمُكاتَبِ، وَلا يُجِيزُونَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَشْترطَ عَلَيهِ ألا يُسافِرَ، كَما قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ أَصْحابُ [أَبِي حَنِيفَةَ، وَ] مَالِكٍ.

فَفِي «المُدَوَّنَةِ»، قَالَ ابْنُ القاسم: إِذَا كَانَ المَوْضعُ القرِيبُ الَّذِي لا يضرُّ سَيِّدَهُ فِي نُجومِهِ، فَلَهُ أَنْ يُسافِرَ إِلَيهِ، وَهَذا خِلافُ ظَاهِرِ مَا فِي «المُوَطَّأ».

وَقالَ سَحْنُونُ: لا يَجُوزُ أَنْ يشْترطَ عَلَيهِ أَنْ [لا] يُسَافِرَ إِلا بإِذْنِهِ، فِي بَعْضِ الأَقَاوِيلِ، وَلَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَإِنْ اشْتَرَطَهُ عَلَيهِ، وَلِلْمُكاتَبِ أَنْ يَخْرُجَ فَيَسْعى، وَكَيْفَ يَسْعى إِذَا مُنِعَ [مِنَ السَّفرِ؟].

وَقالَ ابْنُ الماجشُونِ [فِي كِتَابِهِ:] إِذَا كَانَ البَلَدُ ضَيِّقَ المَتَاجِرِ، لَمْ يَجُزْ شَرْطُهُ عَلَيهِ، ألا يُسَافِرَ إِلا بِإِذْنِهِ؛ لأَنَّهُ يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَدَاءِ كِتَابَتِهِ.

---

(١) المصنف ٨/ ٣٨٣.

قال أبو عمر: فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ ثَلاثَةُ أَقْوالٍ [لِسَائِرِ العُلماءِ].

أَحدُها: أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُسَافِرَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَلا يَجُوزُ أَنْ يشْترطَ عَليهِ سَيِّدُهُ أَنْ لا يُسَافِرَ إِلا بِإِذْنِهِ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهذا الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَالحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحَاقُ وَرِوَايَةٌ عَنِ الثَّوْرِيِّ.

وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، وَالشَّعْبِيِّ.

وَالقَوْلُ الثَّاني: قَوْلُ مَالِكٍ فِي «مُوَطَّئِهِ».

وَالقَوْلُ الثَّالِثُ: أَنَّ لَهُ أَنْ يخرجَ فِي أَسْفَارِهِ، إِلا أَنْ يشْترطَ سَيِّدُهُ ألا يَخْرُجَ، فَيَلْزَمُهُ مَا ألزَمَهُ مِنْ ذَلِكَ.

قَالَ أَبُو ثَوْرٍ، وَغَيْرُهُ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ، وَرِوَايَةٌ عَنِ الثَّوْرِيِّ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسُفَ، [وَمُحمدٌ] وَزُفَرُ، فَقَالُوا: لِلْمُكَاتَبِ [وَالمُكَاتَبَةِ]، أَنْ يَخْرُجَا حَيْثُ أَحَبَّا، وَلَيْسَ لِمَوْلاهُمَا أَنْ يَمْنَعَهُما ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ اشْتَرَطَ ذَلِكَ عَلَيْهِما، [فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ] [أَمَّا النِّكَاحُ فَلا].

وَقَالَ أَحْمَدُ، وَسُفْيانُ، وَإِسْحاقُ: لا ينكحُ إِلا بِإِذْنِ السَّيِّدِ، إِلا أَنْ يشترطَ عَلَيهِ، فِي عَقْدِ الكِتَابَةِ، أَنْ لا ينكحَ، فَيَلْزَمُهُ.

١٠ ـ باب ولاء المكاتب إذا أعتق

١٥٠٩ ـ قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ، إِنَّ ذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ لَهُ، إِلا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، فَإِنْ أَجَازَ ذَلِكَ سَيِّدُهُ لَهُ، ثُمَّ عتقَ الْمُكَاتَبُ، كَانَ وَلاؤُهُ لِلْمُكَاتَبِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ، كَانَ وَلاءُ الْمُعْتَقِ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ الْمُكَاتَبُ وَرِثَهُ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ أَيضاً لَوْ كَاتَبَ الْمُكَاتَبُ عَبْداً، فَعَتَقَ الْمُكَاتَبُ الآخَرُ قَبْلَ سَيِّدِهِ الَّذِي كَاتَبَهُ، فَإِنَّ وَلاءَهُ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ، مَا لَمْ يعْتِقِ الْمُكَاتَبُ الأَوَّلُ الَّذِي كَاتَبَهُ، فَإِنْ عَتَقَ الَّذِي كَاتَبَهُ، رَجَعَ إِلَيْهِ وَلاءُ مُكَاتَبِهِ الَّذِي كَانَ عَتَقَ قَبْلَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ الأَوَّلُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ، أَوْ عَجزَ عَنْ كِتَابَتِهِ، وَلَهُ وَلَدٌ أَحْرَارٌ، لَمْ يَرِثُوا وَلاءَ مُكَاتَبِ أَبِيهِمْ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لأَبِيهِمُ الْوَلاءُ، وَلا يَكُونُ لَهُ الْوَلاءُ حَتَّى يَعْتِقَ.

قال أبو عمر: قَدْ خَالَفَهُ الشَّافِعِيُّ، وَغَيْرُهُ، قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَإِنْ أَعْتَقَ الْمُكَاتَبُ

١٥٠٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٢، من كتاب المكاتب، باب ١٠ (ولاء المكاتب إذا أعتق).

[عَبْدَهُ]، أو كَاتَبَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، فَفِيهما قَوْلانِ: أَحَدُهما: أَنَّهُ لا يَجُوزُ؛ [لأَنَّ الوَلاء لِمَنْ أَعْتَقَ].

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَجُوزُ.

وَفِي الوَلاءِ قَوْلانِ:

أَحَدُهما: أَنَّ وَلاءهُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ عتقَ الأَوَّلُ المُكَاتَبُ، كَانَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يعتقْ حَتَّى يَمُوتَ، فَالوَلاءُ لِلسَّيِّدِ؛ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ عِنْدَ عَبْدِهِ عتقَ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الولاء لِسَيِّدِ المُكَاتَبِ بِكُلِّ حَالٍ؛ لأَنَّهُ عتقَ فِي حِينٍ لا يَكُونُ لَهُ فِي عتْقِهِ وَلاءٌ، فَإِنْ مَاتَ عَبْدُ المُكَاتَبِ المعتقِ بَعْدَما يكْتبُ، وَقفَ مِيرَاثُهُ فِي قَوْلِ مَنْ أَوقفَ المِيرَاثَ، كَما وَصَفْتُ، فَإِنْ عتقَ المكاتَبُ الَّذِي أعْتقَهُ، فَهُوَ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ، وَإِنْ عجزَ، فَلِسَيِّدِ المُكاتَبِ إِذا كَانَ حَيّاً يَوْمَ يَمُوتُ، وَإِنْ كَانَ مَيتاً، فَلِورَثَتِهِ مِنَ الرِّجَالِ مِيرَاثُهُ.

وَفِي القَوْلِ الثَّانِي: هُوَ لِسَيِّدِ المُكَاتَبِ؛ لأَنَّ وَلاءهُ لَهُ.

قَالَ المزنيُّ، فِي «الإِمْلاءِ» عَلى كِتَابِ مَالِكٍ، أَنَّهُ لَو كَاتَبَ المُكَاتَبُ عَبْدَهُ، فَإِذا لَمْ يعتقْ كَما لَو أَعْتَقَهُ، لَمْ يعتقْ.

قَالَ المزنيُّ: هَذَا أَشْبَهُ عِنْدِي.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِذا أَعْتَقَ المَكَاتَبُ عَبْدَهُ، فَعِتْقُهُ لَهُ بَاطِلٌ؛ أجازَ ذَلِكَ السَّيِّدُ، أَوَ لَمْ يُجِزْهُ.

وَقَالَ مُحمدُ بْنُ الحَسَنِ، مُحْتَجّاً لأَبِي حَنِيفَةَ [وَمَذْهَبِهِ فِي ذَلِكَ] مُحالٌ أَن يَقعَ عتْقُهُ [فِي ذَلِكَ] غير جَائِزٍ، ثُمَّ يجوزُ إِذا أَجَازَهُ السَّيِّدُ.

قال أبو عمر: مِمَّا يدْخلُ فِي هَذا البَابِ مِنْ أَقَاوِيلِ السَّلَفِ:

قَالَ ابْنُ جُريجٍ: قُلْتُ لِعطاءٍ: كَانَ لِلْمُكَاتَبِ عَبْدٌ، فَكاتَبَهُ، فعتقَ، ثُمَّ مَاتَ، لِمَنْ مِيرَاثُهُ؟

قَالَ: مَنْ كَانَ قَبْلكُمْ يَقُولونَ: هُوَ لِلَّذِي كَاتَبَهُ، يسْتعِينُ بِهِ فِي كِتَابَتِهِ.

وَعَنِ الثَّوْرِيِّ، عَنْ مُغِيرَةَ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ المُكَاتَبِ يعْتقُ عَبْداً لَهُ.

قَالَ: أَفَلا يَبْدَأُ بِنَفْسِهِ؟!.

[وَبِهِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ، فِي عَبْدٍ كَانَ لِقَوْمٍ، فأذنوا لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ عَبداً، فَيعْتقهُ، ثُمَّ باعوه باعَهُ؟ قَالَ: الوَلاءُ للأَوَّلِينَ الَّذينَ أَذِنُوا.

وَقالَ الثَّوريُّ في رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْداً لَهُ عَلى أَربعةِ آلاف، فاشْترى العَبْدُ نَفْسَهُ مِنَ المُكاتبَةِ فعتق قالَ: يَكُونُ الوَلاءُ لِسَيِّدِ المُكاتَبِ].

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيَتْرُكُ أَحَدُهُمَا لِلْمُكَاتَبِ الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ وَيشحُّ الآخَرُ، ثُمَّ يَمُوتُ الْمُكَاتَبُ، وَيَتْرُكُ مَالاً.

قَالَ مَالِكٌ: يَقْضِي الَّذِي لَمْ يَتْرُكْ لَهُ شَيْئاً مَا بَقِيَ لَهُ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الْمَالَ كَهَيْئَتِهِ لَوْ مَاتَ عَبْداً؛ لأَنَّ الَّذِي صَنَعَ لَيْسَ بِعَتَاقَةٍ، وإِنَّمَا تَرَكَ مَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضاً، أَنَّهُمْ إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمْ نَصِيبَهُ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ، لَمْ يُقَوَّمْ، عَلَى الَّذِي أَعْتَقَ نَصِيبَهُ، مَا بَقِيَ مِنَ الْمُكَاتَبِ، وَلَوْ كَانَتْ عَتَاقَةً، قُوِّمَ عَلَيْهِ حَتَّى يَعْتِقَ فِي مَالِهِ، كَمَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ».

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضاً، أَنَّ مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ الَّتِي لا اخْتِلافَ فِيهَا، أَنَّ مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي مُكَاتَبٍ، لَمْ يُعْتَقْ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ، وَلَوْ عَتَقَ عَلَيْهِ كَانَ الْوَلاءُ لَهُ دُونَ شُرَكَائِهِ، وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضاً، أَنَّ مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ، أَنَّ الْوَلاءَ لِمَنْ عَقَدَ الْكِتَابَةَ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِمَنْ وَرِثَ سَيِّدَ الْمُكَاتَبِ، مِنَ النِّسَاءِ، مِنْ وَلاءِ الْمُكَاتَبِ، وَإِنْ أَعْتَقْنَ نَصِيبَهُنَّ، شَيْءٌ، إِنَّمَا وَلاؤُهُ لِوَلَدِ سَيِّدِ الْمُكَاتَبِ الذُّكُورِ، أَوْ عَصَبَتِهِ مِنَ الرِّجَالِ.

قال أبو عمر: قَدِ احْتَجَّ مَالِكٌ، رَحِمَهُ اللَّهُ، فَأَوْضَحَ، وَبَيَّنَ مَذْهَبَهُ، وَشَرَحَ.

وَمِنَ الخِلافِ فِي ذَلِكَ، أَنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ: وَلَو كَانَ مُكَاتَباً بَيْنَ اثْنَيْنِ؛ فَوضَعَ أَحَدُهما عَنْهُ نَصِيبَهُ مِنَ الكِتَابَةِ، وَأَبْرَأَهُ مِنْهُ، فَهُوَ كَعْتقِهِ، وَيُقَوَّمُ عَلَيهِ، إِنْ كَانَ مُوسِراً، وَالوَلاءُ لَهُ.

وَهُوَ قَوْلُ الكُوفِيِّينَ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحاقَ.

قَالَ: وَلَو مَاتَ المُكَاتَبُ، وَلَمْ يُقَوَّمْ عَلَيهِ؛ لإِعْسَارِهِ، فَالمالُ بَيْنَهُما نِصْفَانِ.

قَالَ: وَلَو مَاتَ السَّيِّدُ، فَأَبْرَأَهُ وَرَثَتُهُ، أو بَعْضُهم، مِنَ الكِتَابَةِ، فَإِنَّهُ يَبْرَأُ مِنْ نَصِيبِ مَنْ أَبْرَأَهُ، وَيعْتقُ نَصِيبَهُ، كَما لَوْ أَبْرَأَهُ الَّذِي كَاتَبَهُ مِنَ الكِتَابَةِ، عتقَ.

وَمَعْنى البَابِ قَدْ تَقَدَّمَ [فِي بَابِ: القطاعَةُ فِي الكِتَابَةِ]، وَالحَمْدُ للَّهِ.

١١ ـ باب ما لا يجوز من عتق المكاتب

١٥١٠ ـ قَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَانَ الْقَوْمُ جَمِيعاً فِي كِتَابَةٍ وَاحِدَةٍ، لَمْ يُعْتِقْ سَيِّدُهُمْ

---

(١) الموطأ، ص٨٠٣. (٢) الموطأ، ص٨٠٤.

١٥١٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٣، من كتاب المكاتب، باب ١١ (ما لا يجوز من عتق المكاتب).

أَحَداً مِنْهُمْ، دُونَ مُؤَامَرَةِ أَصْحَابِهِ الَّذِينَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ، وَرِضاً مِنْهُمْ وَإِنْ كَانُوا صِغَاراً، فَلَيْسَ مُؤَامَرَتُهُمْ بِشَيْءٍ، وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ.

قَالَ: وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ رُبَّمَا كَانَ يَسْعَى عَلَى جَمِيعِ الْقَوْمِ، وَيُؤَدِّي عَنْهُمْ كِتَابَتَهُمْ، لِتَتِمَّ بِهِ عَتَاقَتُهُمْ، فَيَعْمِدُ السَّيِّدُ إِلَى الَّذِي يُؤَدِّي عَنْهُمْ، وَبِهِ نَجَاتُهُمْ مِنَ الرِّقِّ، فَيُعْتِقُهُ، فَيَكُونُ ذَلِكَ عَجْزاً لِمَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ، وَإِنَّمَا أَرَادَ، بِذَلِكَ، الْفَضْلَ وَالزِّيَادَةَ لِنَفْسِهِ، فَلا يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَى مَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ»[1] وَهَذَا أَشَدُّ الضَّرَرِ.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبِيدِ يُكَاتَبُونَ جَمِيعاً: إِنَّ لِسَيِّدِهِمْ أَنْ يُعْتِقَ مِنْهُمُ الْكَبِيرَ الْفَانِيَ وَالصَّغِيرَ، الَّذِي لا يُؤَدِّي وَاحِدٌ مِنْهُمَا شَيْئاً، وَلَيْسَ عِنْدَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، عَوْنٌ وَلا قُوَّةٌ فِي كِتَابَتِهِمْ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ.

قال أبو عمر: قَوْلُهُ هَذا صَحِيحٌ عَلى أَصْلِهِ فِي العَبِيدِ يُكَاتَبُونَ كِتَابَةً وَاحِدَةٍ، أَنَّهُمْ حُمَلاءُ؛ بَعْضُهم عَنْ بَعْضٍ، وَلا يَصِحُّ مِنْ مَذْهَبِ مَنْ جَعَلَهُم حُمَلاء بَعْضهم مِنْ بَعْضٍ مَا قَالَهُ مَالِكٌ رَحمهُ اللَّهُ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا مَنْ خَالَفَهُ فِي هَذَا الأَصْلِ، وَمَنْ وَافَقَهُ فِيهِ، مِنْ سَائِرِ العُلماءِ، فِي بَابِ: الحمالَةُ فِي الكِتَابَةِ، وَذَكَرْنا أَقْوالَهُم فِي السَّيِّدِ يعتقُ بَعْض مَنْ كَاتَبَهُ مِنْ عَبِيدِهِ كِتَابَةً وَاحِدَةً، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ فِيهِ العتقُ، وَيَسْقطُ مِنَ الكِتَابَةِ عَنْ أَصْحابِهِ بِقَدْرِ المعْتَقِ، وَأَنَّ مِنْهُم مَنْ قَالَ بِالقِيمَةِ، وَمِنْهُم مَنْ قَالَ بِقَدْرِ الغِنى وَالحَالِ، وَمِنْهُم مَنْ قَالَ عَلى السَّوَاءِ فِي عَدَدِهِم عَلى الرُّؤوسِ بِما أَغْنى عَنْ إِعَادَتِهِ هَا هُنَا.

١٢ ـ باب ما جاء في عتق المكاتب وأم ولده

١٥١١ ـ قَالَ مَالِكٌ: فِي الرَّجُلِ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ، ثُمَّ يَمُوتُ الْمُكَاتَبُ وَيَتْرُكُ أُمَّ وَلَدِهِ، وَقَدْ بَقِيَتْ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ بَقِيَّةٌ، وَيَتْرُكُ وَفَاءً بِمَا عَلَيْهِ: إِنَّ أُمَّ وَلَدِهِ أَمَةٌ مَمْلُوكَةٌ حِينَ لَمْ يُعْتَقِ الْمُكَاتَبُ حَتَّى مَاتَ، وَلَمْ يَتْرُكْ وَلَداً فَيُعْتَقُونَ بِأَدَاءِ مَا بَقِيَ، فَتُعْتَقُ أُمُّ وَلَدِ أَبِيهِمْ بِعِتْقِهِمْ.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ مَا لِمَذَاهِبِ العُلَماءِ فِي المُكَاتَبِ يَمُوتُ، وَيَتْرُكُ وَفاءً فِي كِتَابَتِهِ، وَأَنَّهُ عَبْدٌ، إِنْ لَمْ يَتْرُكْ بَنِينَ وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ، أو إِخْوَةً كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، أَنَّهُ

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب ١٧، ومالك في الأقضية حديث ٣١، وأحمد في المسند ٥/ ٣٢٧.

١٥١١ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٤، من كتاب المكاتب، باب ١٢ (ما جاء في عتق المكاتب وأم ولده).

يَمُوتُ عَبْداً، وَمَالُهُ الَّذِي يُخلفهُ لِسَيِّدِهِ، وَإِنَّهُ إِنْ تَرَكَ بَنِينَ، أو إِخْوَةً كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، أدّوا عَنْهُ جَمِيعَ الكِتَابَةِ، وَعَنْهُمْ فِي ذَلِكَ المَالِ، وَورثُوا الفَضلَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، فِي هَذا البَابِ، لَمْ يتْرُكْ وَلَداً، وَلا إِخْوَةً، وَلَمْ يَتْرُكْ أُمَّ وَلَدٍ، وَهِيَ مَالٌ مِنْ مَالِهِ، فَهِيَ لِسَيِّدِهِ؛ لأنَّهُ مَاتَ عَبْداً

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ، يَمُوتُ عَبْداً عَلى كُلِّ حَالٍ، وَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ إِنْ مَاتَ وَقَدْ بَقِيَ عَلَيهِ مِنْ كِتَابَتِهِ دِرْهَمٌ، وَأُمُّ وَلَدِهِ كَسَائِرِ مَالِهِ عِنْدَهُ.

وَمَذْهَبُ الكُوفِيِّ قَدْ ذَكَرْنَاهُ فِيما تَقَدَّمَ.

وَاخْتَلَفَ أَصْحابُ مَالِكٍ، فِي أُمِّ وَلَدِ [المُكاتب] يَمُوتُ قَبْلَ الأدَاءِ، وَيترُكُ لِمكَاتبه وَفاءً مَا جَازَ لَها.

فَقالَ ابْنُ القاسم: إِنْ كَانَ مَعَها وَلَدٌ، عتقَتْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَها وَلَدٌ، فَهِيَ رَقِيقٌ إِذا تَرَكَ المكَاتَبُ وَفَاءً.

قال أبو عمر: قَوْلُ ابْنِ القاسمِ صَحِيحٌ، عَلى مَذْهَبِ مَالِكٍ، فِي «مُوَطَّئِهِ»، وَغَيْرِ «مُوَطَّئِهِ».

وَقالَ أَشْهَبُ: لَيْسَ بِشَيْءٍ مِمَّا وَصَفْنَا، وَلأَنَّهُمْ ـ أَعْنِي مَالِكاً وَأَصْحَابَهُ ـ لَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَبِيعَ أُمَّ وَلَدِهِ فِي دَيْنٍ لا يجدُ لَهُ قَضاءً، وَيَبِيعُها إِذا خَافَ العَجزَ، فَهِيَ كَسَائِرِ مَالِهِ، وَإِذَا مَاتَ قَبْلَ الأدَاءِ، مَاتَ عَبْداً، وَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي الْمُكَاتَبِ يُعْتِقُ عَبْداً لَهُ، أَوْ يَتَصَدَّقُ بِبَعْضِ مَالِهِ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ سَيِّدُهُ، حَتَّى عَتَقَ الْمُكَاتَبُ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: يَنْفُذُ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ، فَإِنْ عَلِمَ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الْمُكَاتَبُ، فَرَدَّ ذَلِكَ، وَلَمْ يُجِزْهُ؛ فَإِنَّهُ، إِنْ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ، وَذَلِكَ فِي يَدِهِ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يُعْتِقَ ذَلِكَ الْعَبْدَ، وَلا أَنْ يُخرِجَ تِلْكَ الصَّدَقَةَ، إِلا أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ طَائِعاً مِنْ عِنْدِ نَفْسِهِ.

قال أبو عمر: لَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّ المُكَاتَبَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يهْلكَ مَالَهُ، وَيتلفَهُ، وَلا شَيْئاً مِنْهُ، إِلا بِمَعْرُوفٍ، وَأَنَّ هِبتَهُ وَصَدَقَتَهُ بِغَيْرِ التَّافِهِ اليَسِيرِ وَعتقَهُ، كُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ، مَرْدُودٌ، إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ.

[وَاخْتَلَفُوا إِذَا أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ، أو] أجازَ لَهُ عتقَهُ، عَلى مَا قَدَّمنَا ذِكْرَهُ.

---

(١) الموطأ، ص٨٠٥.

(٢) الموطأ، ص٨٠٥، ٨٠٦.

وَكَذَلِكَ أَجْمَعُوا أَنَّ لَهُ أَنْ يُنْفِقَ عَلى نَفْسِهِ مِنْ كَسْبِهِ فِي كُلِّ مَا يَحْتَاجُ إِلِيهِ؛ مِنْ [كسْوَتِهِ]، وَقُوتِهِ، بِالمعْرُوفِ، وَأَنَّهُ فِي تَصَرُّفِهِ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ بِغَيْرِ مُحاباةٍ، وَلا غبن كَالأحْرارِ.

وَقالَ الشَّافعيُّ: المُكَاتَبُ مَمْنوعٌ مِنِ اسْتِهلاكِ [مَالِهِ] وَأنْ يَبِيعَ إلا بما يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ، وَلا يهبُ إلا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلا يُكفِّرُ فِي شَيْءٍ مِنَ الكَفَّارَاتِ إلا بِالصَّوْمِ، وَهُو فِي بَيْعِهِ وَشِرَائِهِ، وَفِي الشُّفْعَةِ عَلَيهِ، وَلَهُ فِي مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ وَالأجْنبيِّ سَوَاءٌ.

وَقالَ: المُكَاتَبُ لا يَبِيعُ بِدينٍ، وَلا يهبُ لِثوابٍ، وَإِقْرارُهُ فِي البَيْعِ جَائِزٌ.

قَالَ: وَلَو كَانَتْ [لَهُ] عَلى مَوَالِيهِ دَنانِيرَ، وَلِمَوْلاهُ عَلَيها مِثْلها، فَجعلَ ذَلِكَ قصاصاً، جَازَ.

قَالَ: وَلَو كَانَتْ إِحْدَاهُما دَرَاهِمَ، وَالأُخرى دَنَانِيرَ، فأرادَ أَنْ يَجْعَلَهُما قَصاصاً، لَمْ يَجُزْ.

قال أبو عمر: عَلى أصْلِهِ، أنَّ مَا أعْتقَهُ المُكاتَبُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، لَمْ يَنْفُذْ قَبْلَ عتْقِهِ، وَلا بَعْدَ عتْقِهِ، وَأمَّا مَا تصدَّقَ، وَوَهبَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَمْ يعْلمْ إلا بَعْدَ أَدَاءِ كِتَابَتِهِ وَعتْقِهِ، فَإِنَّهُ ينفذُ مِنْهُ كُلما قَبضَهُ المَوْهُوبُ لَهُ، وَالمُتصدّقُ عَلَيهِ.

وَقالَ بِقَوْلِ مَالِكٍ، أنَّ العتْقَ نَافِذٌ مَاضٍ، وَالصَّدَقَةُ، وَالهِبَةُ، إذا لَمْ يعلمِ السَّيِّدُ بِذَلِكَ حَتَّى عتقَ المُكاتَب جَماعَةٌ [مِنَ الْعُلماءِ].

قال أبو عمر: اتَّفَقَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأبُو حَنِيفَةَ، وَالثَّوريُّ، أنَّهُ لا يَنْبَغِي لِسَيِّدِ المُكَاتَبِ أَنْ يَبِيعَ مِنْهُ دِرْهَماً بِدِرهَمَيْنِ.

١٣ ـ باب الوصية في المكاتب

١٥١٢ ـ قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سَمِعْتُ فِي الْمُكَاتَبِ يُعْتِقُهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ؛ أَنَّ الْمُكَاتَبَ يُقَامُ عَلَى هَيْئَتِهِ تِلْكَ، الَّتِي لَوْ بِيعَ كانَ ذَلِكَ الثَّمَنَ الَّذِي يَبْلُغُ، فَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَقَلَّ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ، وضعَ ذَلِكَ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ، وَلَمْ يُنْظَرْ إِلَى عَدَدِ الدَّرَاهِمِ الَّتِي بَقِيتْ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ قُتِلَ لَمْ يَغْرَمْ قَاتِلُهُ، إلا قِيمَتَهُ يَوْمَ قَتْلِهِ، وَلَوْ جُرِحَ لَمْ يَغْرَمْ جَارِحُهُ، إلا دِيَةَ جَرْحِهِ يَوْمَ جَرَحَهُ، وَلا يُنْظَرُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إِلَى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ، مِنَ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ؛ لأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، أَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ، لَمْ يُحْسَبْ فِي ثُلُثِ

١٥١٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٥، من كتاب المكاتب، باب ١٣ (الوصية في المكاتب).

الْمَيِّتِ، إلا ما بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِنَّمَا تَرَكَ الْمَيِّتُ لَهُ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، فَصَارَتْ وَصِيَّةً أَوْصَى بِهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ، أَنَّهُ لَوْ كَانَتْ قِيمَةُ الْمُكَاتَبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَلَمْ يَبْقَ مِنْ كِتَابَتِهِ إلا مائَةُ دِرْهَمٍ، فَأَوْصَى سَيِّدُهُ لَهُ بِالْمائَةِ دِرْهَمِ الَّتِي بَقِيَتْ عَلَيْهِ، حُسِبَتْ لَهُ فِي ثُلُثِ سَيِّدِهِ، فَصَارَ حُرّاً بِهَا.

قال أبو عمر: يُرِيدُ أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى رَجُلٌ بِمُكَاتَبِهِ مِمَّا بَقِيَ عَلَيهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، حسب فِي الثُّلُثِ الأَوَّلِ مِنْ ذَلِكَ، أو مِنْ ثَمَنِ رَقَبَتِهِ، ويقومُ عبداً، فَإِذَا قَامَ ثلث سَيِّدِهِ الأَوَّلِ مِنْ ثَمَنِ رَقَبَتِهِ، أو مِمَّا بَقِيَ عَلَيهِ، خَرَجَ حُرّاً.

وَكَذَلِكَ لَو أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيه، قوِّمتْ رَقَبتهُ عَبْداً [فِي قِيمَتِهِ، فَإِنْ قوِّمتْ] ذَلِكَ الثُّلث، خَرَجَ حُرّاً، كَما يقوْمُ لَو قتلَهُ قَاتِلٌ، أو جرحَهُ جَارِحٌ، [قوّمَ عَبْداً].

وَقَولُهُ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ، يَدُلُّ أَنَّهُ قَدْ سَمِعَ فِيما رَسَمَهُ غير ذَلِكَ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ ابْنُ القاسمِ، وَغَيْرُهُ، فِي مَسْأَلَةِ هَذا البَابِ؛ فَقالَ ابْنُ القاسمِ: إِذَا أوصى سَيِّدُ المُكَاتَبِ بعتْقِهِ أَوْ بِكِتَابَتِهِ، لَمْ يَدْخلْ فِي ذَلِكَ مِنْ ثُلثِهِ إلا الأَقَلُّ مِنْ قِيمَةِ [الرَّقبةِ] أو قِيمَةِ الكِتَابَةِ.

ذَكَرَهُ سَحْنُونُ فِي «المُدَوَّنَةِ»، قَالَهُ، وَقَالَ غَيْرهُ: الأَقلُّ مِنْ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ، أو الكِتَابَةِ نَفْسِها، لا قِيمَةِ المكَاتَبَةِ.

قال أبو عمر: أَمَّا تَقْوِيمُ الكِتَابَةِ؛ فَوَاجِبٌ؛ لأَنَّها عوضٌ، فَأَمَّا الكِتَابَةُ فَإِنْ كانَتْ عيناً، فَلا وَجْهَ لِتَقْوِيمِها، وَإِنْ كَانَتْ عَرْضاً، فيمكنُ تَقْوِيمُها، وَإِنْ كَانَ المبتغى فِي القِيمةِ الأَقَلَّ مِنْها لِيَتوفَّرَ الثلثُ، وَلا يضيقُ عَنْ سَائِرِ الوَصَايَا.

وأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَيُجيزُ الوَصِيَّةَ بِمُكاتَبَةِ المُكَاتَبِ، لَمْ يَخْتَلِفْ قَولُهُ فِي ذَلِكَ، أَدّى الكِتَابَةَ إلى المُوصى لَهُ عتقَ، وَالولاءُ لِمَنْ عقدَ كِتَابَتَهُ.

[وَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ] فِي الوَصِيَّةِ لِرَقَبَتِهِ؛ فَمَرَّةً قَالَ: لا يَجُوزُ ذَلِكَ؛ لأَنَّهُ لا يملكُها ملكاً صَحِيحاً إلا بالعَجزِ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ، وَلا تعجِيزُهُ، إلا بإِقْرَارِهِ [لَهُ] بالعَجزِ، وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ عِنْدَهُ أَنْ يُعْجزَ نَفْسَهُ، على مَا ذَكَرْنَاهُ عَنْهُ [فِيما تَقَدَّمَ]، كَانَ لَهُ مَالٌ، أو قُوَّةٌ عَلى الكَسْبِ، أو لَمْ يَكُنْ.

وَقَدْ قَالَ: إِنَّ الوَصِيَّةَ بِرَقَبتِهِ جَائِزَةٌ؛ لأَنَّ ذَلِكَ يَعُودُ إِلى كِتَابَتِهِ، وذَلِكَ كُلُّهُ فِي ملْكِهِ.

وَاخْتَارَهُ المزني، وَقالَ: كَيْفَ لا يَجُوزُ مَا يصْنعُ فِي مِلْكِهِ.

قَالَ مَالِكٌ[١]: فِي رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْدَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ، إِنَّهُ يُقَوَّمُ عَبْداً، فَإِنْ كَانَ فِي ثُلُثِهِ سَعَةٌ لِثَمَنِ الْعَبْدِ، جازَ لَهُ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ[٢]: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ، أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ الْعَبْدِ أَلْفَ دِينَارٍ، فَيُكَاتِبُهُ سَيِّدُهُ عَلَى مائتَيْ دِينَارٍ عِنْدَ مَوْتِهِ، فَيَكُونُ ثُلُثُ مَالِ سَيِّدِهِ أَلْفَ دِينَارٍ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ، وَإِنَّمَا هِيَ وَصِيَّةٌ أَوْصَى لَهُ بِهَا فِي ثُلُثِهِ، فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ قَدْ أَوْصَى لِقَوْمٍ بِوَصَايَا، وَلَيْسَ فِي الثُّلُثِ فَضْلٌ عَنْ قِيمَةِ الْمُكَاتَبِ، بُدِيءَ بِالْمُكَاتَبِ؛ لأنَّ الْكِتَابَةَ عَتَاقَةٌ، وَالْعَتَاقَةُ تُبَدَّأُ عَلَى الْوَصَايَا، ثُمَّ تُجْعَلُ تِلْكَ الْوَصَايَا فِي كِتَابَةِ الْمُكَاتَبِ، يَتْبَعُونَهُ بِهَا، وَيُخَيَّرُ وَرَثَةُ الْمُوصِي، فَإِنْ أَحَبُّوا أَنْ يُعْطُوا أَهْلَ الْوَصَايَا وَصَايَاهُمْ كَامِلَةً، وَتَكُونُ كِتَابَةُ الْمُكَاتَبِ لَهُمْ، فَذَلِكَ لَهُمْ وَإِنْ أَبَوْا وَأَسْلَمُوا الْمُكَاتَبَ وَمَا عَلَيْهِ إِلَى أَهْلِ الْوَصَايَا، فَذَلِكَ لَهُمْ؛ لأنَّ الثُّلُثَ صَارَ فِي الْمُكَاتَبِ، وَلأنَّ كُلَّ وَصِيَّةٍ أَوْصَى بِهَا أَحَدٌ، فَقَالَ الْوَرَثَةُ: الَّذِي أَوْصَى بِهِ صَاحِبُنَا أَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِهِ، وَقَدْ أَخَذَ مَا لَيْسَ لَهُ، قَالَ: فَإِنَّ وَرَثَتهُ يُخَيَّرُونَ، فَيُقَالُ لَهُمْ: قَدْ أَوْصَى صَاحِبُكُمْ بِمَا قَدْ عَلِمْتُمْ، فَإِنْ أَحْبَبْتُمْ أَنْ تُنَفِّذُوا ذَلِكَ لأهْلِهِ، عَلَى مَا أَوْصَى بِهِ الْمَيِّتُ، وَإِلا فَأَسْلِمُوا أَهْلَ الْوَصَايَا ثُلُثَ مَالِ الْمَيِّتِ كُلِّهِ.

قَالَ: فَإِنْ أَسْلَمَ الْوَرَثَةُ الْمُكَاتَبَ إِلَى أَهْلِ الْوَصَايَا، كَانَ لأهْلِ الْوَصَايَا، مَا عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ، فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ مَا عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ أَخَذُوا ذَلِكَ فِي وَصَايَاهُمْ، عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ، وَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ، كَانَ عَبْداً لأهْلِ الْوَصَايَا، لا يَرْجِعُ إِلَى أَهْلِ الْمِيرَاثِ؛ لأنَّهُمْ تَرَكُوهُ حِينَ خُيِّرُوا، وَلأنَّ أَهْلَ الْوَصَايَا حِينَ أُسْلِمَ إِلَيْهِمْ ضَمِنُوهُ، فَلَوْ مَاتَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ عَلَى الْوَرَثَةِ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ الْمكاتَبُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّي كِتَابَتَهُ، وَتَرَكَ مَالاً هُوَ أَكْثَرُ مِمَّا عَلَيْهِ، فَمَالُهُ لأهْلِ الْوَصَايَا، وَإِنْ أدى الْمُكَاتَبُ مَا عَلَيْهِ، عَتَقَ، وَرَجَعَ وَلاؤُهُ إِلَى عَصَبَةِ الَّذِي عَقَدَ كِتَابَتَهُ.

قال أبو عمر: أَمَّا قَولُهُ فِي رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْدَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ أَنَّهُ يُقَوَّمُ عَبْداً، فَإِنْ كَانَ فِي ثُلُثِهِ سعةٌ لِثَمَنِ العَبْدِ جازَ ذَلِكَ، فَعلى هَذا جُمْهورُ العُلَماءِ.

وَشَذَّ أَهْلُ الظَّاهِرِ، فَقَالُوا ذَلِكَ فِي رَأْسِ مَالِهِ، وَكَذَلِكَ عِنْدَهُم كُلُّ عطيَّةٍ بَتَلَةٍ فِي المَرَضِ.

وَالحُجَّةُ عَلَيْهِمْ حَدِيثُ عمْرانَ بْنِ حُصَيْنٍ فِي الَّذِي أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ،

---

(١) الموطأ، ص٨٠٦.   (٢) الموطأ، ص٨٠٧.

لا مَالَ لَهُ غَيْرهُمْ، فَأَسْهَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُم فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً[١].

فَهَذِهِ قَضِيَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِنْ فعلَ المَرِيضُ فِي مَالِهِ، إِذَا مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ، حُكْمُهُ حُكْمُ الوَصَايَا.

وَسَنَذْكُرُ هَذا الحَدِيثَ وَمَا فِيهِ مِنَ المَعَانِي لِسَائِرِ العُلَمَاءِ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِنْ كَانَ فِي ثُلثِهِ سعةٌ لِثَمَنِ العَبْدِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ - يَعْنِي لِلْعَبْدِ -، وَإِنَّما هُوَ وَصِيَّةٌ أوصى لَهُ بِها فِي ثُلثِهِ، كَأَنَّهُ يَعْنِي أوصى لَهُ بِثَمانمائة دِينَارٍ؛ لأَنَّهُ كَاتَبَهُ [بِمائَتَيْ دِينَارٍ]، وَقِيمَةُ العَبْدِ أَلْفُ دِينَارٍ وَثُلثُ [سَيِّدِهِ] أَلْف دِينَارٍ، فَيَنْبَغِي عَلى هَذا أَنْ يَكُونَ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ العَبْدِ حُرّاً؛ لأَنَّ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ، فِي الرَّجُلِ يُوصِي لِعَبْدِهِ بِثُلُثِ مَالِهِ، أَنَّهُ يعْتقُ فِي الثُّلثِ، إِنْ حَملَه، وَيعطى بَعْدَ عتقِهِ مَا فضلَ مِنَ الثُّلْثِ، إِنْ فَضل مِنْهُ شَيْءٌ.

وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالثَّوْرِيِّ، وَاللَّيْثِ، وَالحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ، فِي الرَّجُلِ يُوصِي لِعَبْدِهِ.

وَخَالَفَهُم الأَوْزاعِيُّ؛ فَقالَ: مَنْ أَوْصى لِعَبْدِهِ، فَوَصِيَّتُهُ بَاطِلٌ، وَيرْجِعُ ذَلِكَ إِلى الوَرَثَةِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ فِي الوَرَثَةِ وإِذَا قَالُوا: مَا أَوْصى بِهِ صَاحِبُنا أَكْثَرُ مِنَ الثُّلثِ أَنَّهم يُخَيَّرُونَ بَيْنَ أَنْ يُسَلِّمُوا لِلْمُوصى لَهُ مَا أَوصى لَهُ بِهِ، وَبَيْنَ أَنْ يُعْطُوهُ جَمِيعَ ثُلُثِ المَيِّتِ، فَإِنَّ هَذِهِ المَسْأَلَةَ لِمَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ، وَطَائِفَةٍ مِنْ أَهْلِ المَدِينَةِ، تُعْرَفُ بِمَسْأَلَةِ خلع الثُلثِ، قَدْ خَالَفَهُمْ فِيها الشَّافِعِيُّ، وَالكُوفِيُّونَ، وَأَكْثَرُ الفُقَهاءِ؛ وَقالُوا: لا يَجُوزُ ذَلِكَ؛ لأَنَّهُ بَيْعُ مَجْهُولٍ بِمَعْلُومٍ، وَتَأْتِي فِي موضِعِها، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى.

قَالَ مَالِكٌ[٢]: فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ عَلَيْهِ عَشَرَةُ آلافِ دِرْهَمٍ فَيَضَعُ عَنْهُ عِنْدَ مَوْتِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ.

قَالَ مَالِكٌ[٣]: يُقَوَّمُ الْمُكَاتَبُ، فَيُنْظَرُ كَمْ قِيمَتُهُ؟ فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَالَّذِي وُضِعَ عَنْهُ عُشْرُ الْكِتَابَةِ، وَذَلِكَ فِي الْقِيمَةِ مائَةُ دِرْهَمٍ، وَهُوَ عُشْرُ الْقِيمَةِ، فَيُوضَعُ

---

(١) أخرجه مسلم في الأيمان حديث ٥٦، وأبو داود في العتاق باب ١٠، والنسائي في الجنائز باب ٦٥، وابن ماجه في الأحكام باب ٢٠، وأحمد في المسند ٤/ ٤٢٦، ٤٣١، ٤٣٨، ٤٤٠، ٥/ ٣٤١.

(٢) الموطأ، ص٨٠٨.

(٣) انظر الحاشية السابقة.

عَنْهُ عُشْرُ الْكِتَابَةِ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ إِلَى عُشْرِ الْقِيمَةِ نَقْداً، وَإِنَّمَا ذَلِكَ كَهَيْئَتِهِ لَوْ وُضِعَ عَنْهُ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِ، وَلَو فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يُحْسَبْ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ، إِلا قِيمَةُ الْمُكَاتَبِ أَلْفُ دِرْهَم، وَإِنْ كَانَ الَّذِي وُضِعَ عَنْهُ نِصْفُ الْكِتَابَةِ، حُسِبَ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ نِصْفُ الْقِيمَةِ، وَإِنْ كانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ، فَهُوَ عَلَى هَذَا الْحِسَابِ.

قال أبو عمر: ذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَم هَذِهِ المَسْأَلَةَ، فَقالَ: وَمَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ، عَلَى عَشرَةِ آلافِ دِرْهَم، فَوَضَعَ عَنْهُ أَلْفَ دِرْهَم، فَإِنَّهُ يَطْرَحُ فِي ثُلُثِ مَالِ المَيِّتِ الأَقَلَّ مِنْ عُشْرِ قِيمَةِ رَقَبَتِهِ، أَوْ مِنْ عُشْرِ كِتَابَتِهِ، وَلَو وَضَعَ عَنْهُ نِصْفَ كِتَابَتِهِ، أو ثُلُثَهَا، كَانَ كَذَلِكَ، ثُمَّ يُوضَعُ عَنِ المُكَاتَبِ مِنْ كُلِّ نجمٍ عُشْرَهُ، وَيعْتَقُ مِنْهُ عَشرهُ.

وَهَذَا خِلافُ مَا لِمَالِكٍ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَعْتَبِرْ فِي قَوْلِهِ، فِي «المُوَطَّأ»، إلا قِيمَةَ الرَّقَبَةِ خَاصَّةً.

وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ عَبْدِ الحَكَمِ يُعْتَبَرُ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ وَالكِتَابَةِ.

فَهذا مَوْضِعُ الخلافِ بَيْنَ الرِّوَايَتَيْنِ.

وَمَعْنى هَذِهِ المَسْأَلَةِ، فِي اعْتِبارِ الأَقَلِّ مِنْ قِيمَةِ العَبْدِ أَوِ الكِتَابَةِ، الاحْتِيَاطُ لِلثُلثِ، وَالتَّوْفِيرُ عَلى أَهْلِ الوَصَايَا فِيهِ، وَإِنَّما هَذَا عِنْدَ ضِيقِ الثُّلثِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: إِذَا وَضَعَ الرَّجُلُ عَنْ مُكَاتَبِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ أَلْفَ دِرْهَم مِنْ عَشَرَةِ آلافِ دِرْهَم، وَلَمْ يُسَمِّ أَنَّهَا مِنْ أَوَّلِ كِتَابَتِهِ أَوْ مِنْ آخِرِهَا، وُضِعَ عَنْهُ مِنْ كُلِّ نَجْمٍ عُشْرُهُ.

قال أبو عمر: غَيْرُهُ يَقُولُ: يعْتقُ مِنهُ عُشْرُهُ.

قال أبو عمر: وَأَمَّا مَالِكٌ؛ فَقَوْلُهُ عَلى أَصْلِهِ مُطردٌ؛ لأَنَّهُ لا يرى وَضْعَ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ عتقاً، وَيُساوِي بَيْنَ الأَنْجُم، لِيَأْخُذَ حَقَّهُ مِنْ كُلِّ نَجْم؛ لأَنَّ مُعَجَّلَ الأَنْجُمِ أَفْضَلُ مِنْ مُؤَخَّرِها، وَأَنَّ مَنْ جعَلَ وَضَعَ الشَّرِيكِ، وَغَيْرَ الشَّرِيكِ سَوَاءً، فِي أَنَّهُ عتق، فَقَوْلُهُ: يعتقُ مِنْهُ عُشرُهُ، مُطَّرِدٌ عَلى أَصْلِهِ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يُوضَعُ عَنِ المُكَاتَبِ عُشْرُ كِتَابَتِهِ فِي آخِرِها، ليخرجَ بِهِ حُرّاً، فَيَنْتَفعَ المُكَاتَبُ بِذَلِكَ، وَلَو وضعَ فِي صَدْرِ الكِتَابَةِ، ثُمَّ عجزَ، ذَهَبَ ذَلِكَ بَاطِلاً.

قَالَ مَالِكٌ[2]: وَإِذَا وَضَعَ الرَّجُلُ عَنْ مُكَاتَبِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ أَلْفَ دِرْهَم، مِنْ أَوَّلِ كِتَابَتِهِ أَوْ مِنْ آخِرِهَا، وَكَانَ أَصْلُ الْكِتَابَةِ عَلَى ثَلاثَةِ آلافِ دِرْهَم، قُوِّمَ الْمُكَاتَبُ قِيمَةَ النَّقْدِ، ثُمَّ قُسِمَتْ تِلْكَ الْقِيمَةُ، فَجُعِلَ لِتِلْكَ الأَلْفِ الَّتِي مِنْ أَوَّلِ الْكِتَابَةِ حِصَّتُها مِنْ تِلْكَ الْقِيمَةِ،

---

(١) انظر الحاشية ما قبل السابقة.

(٢) الموطأ، ص٨٠٨.

بِقَدْرِ قُرْبِهَا مِنَ الأجَلِ، وَفَضْلِهَا، ثُمَّ الألْفُ الَّتِي تَلي الألْفَ الأولَى، بِقَدْرِ فَضْلِهَا أيضاً، ثُمَّ الألْفُ الَّتِي تَلِيهَا بِقَدْرِ فَضْلِهَا أيْضاً، حَتَّى يُؤتَى عَلَى آخِرِهَا، تَفْضُلُ كُلُّ ألْفٍ بِقَدْرِ مَوْضِعِهَا، فِي تَعْجِيلِ الأجَلِ وَتَأْخِيرِهِ؛ لأنَّ مَا اسْتَأخَرَ مِنْ ذَلِكَ كَانَ أقَلَّ فِي الْقِيمَةِ، ثُمَّ يُوضَعُ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ، قَدْرُ مَا أصَابَ تِلْكَ الألْفَ مِنَ الْقِيمَةِ عَلَى تَفَاضُلِ ذَلِكَ، إنْ قَلَّ أوْ كَثُرَ، فَهُوَ عَلَى هَذَا الْحِسَابِ.

وَهَذا كُلُّهُ عَلى مَا قَالَهُ مَالِكٌ، عَلى أصْلِهِ وَمَذْهَبِهِ.

وَمَعْلُومٌ أنَّ أوَّلَ نَجْمٍ مِنْ نُجُومِ المُكَاتَبِ، أكْثَرُ قِيمَةً مِنَ الآخِرِ؛ لأنَّ المُتَعجَّلَ بَيْنَ النَّاسِ، أغْبطُ مِنَ المُتَأخِّرِ، فَإذَا علِمَ ذَلِكَ، عتقَ مِنَ المُكَاتَبِ بِقَدْرِ الألْفِ المُعجّلِ، بَالِغاً مَا بَلَغَ مِنْ كِتَابَتِهِ، كَانَ ذَلِكَ نِصْفَهَا، أو رُبْعَها أوْ مَا كَانَ مِنْ أجْزَائِها، وَكَذَلِكَ العَمَلُ فِي الألْفِ الَّذِي مِنْ آخِرِ الكِتَابِ، عَلى حَسبِ قِيمَتِهِ أيْضاً.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي رَجُلٍ أوْصَى لِرَجُلٍ بِرُبُعِ مُكَاتَبٍ، أوْ أعْتَقَ رُبُعَهُ، فَهَلَكَ الرَّجُلُ ثُمَّ هَلَكَ الْمُكَاتَبُ، وَتَرَكَ مَالاً كَثِيراً أكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: يُعْطَى وَرَثَةُ السَّيِّدِ وَالَّذِي أوْصَى لَهُ بِرُبُعِ الْمُكَاتَبِ، مَا بَقِيَ لَهُمْ عَلَى الْمُكَاتَبِ، ثُمَّ يَقْتَسِمُونَ مَا فَضَلَ، فَيَكُونُ، لِلْمُوصَى لَهُ بِرُبُعِ الْمُكَاتَبِ، ثُلُثُ مَا فَضَلَ بَعْدَ أدَاءِ الْكِتَابَةِ، وَلِوَرَثَةِ سَيِّدِهِ، الثُّلُثَانِ، وَذَلِكَ أنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ، فَإنَّمَا يُورَثُ بِالرِّقِّ.

[قال أبو عمر]: وَإنَّما يقْتسِمُونَ أثْلاثاً؛ لأنَّ حِصَّةَ الحرِّيَّةِ الَّتِي لِلرُّبُعِ، لا يُؤخَذُ بِها شَيْءٌ، فَرجعَ ذَلِكَ إلى النِّصْفِ وَالرُّبعِ، فَصارَ النِّصْفُ الثُّلثَيْنِ، وَالرُّبعُ الثُّلث، بِما رَجعَ إليهِ مِنْ حِصَّةِ الحُرِّيَّةِ؛ لأنَّ المعْتقَ بَعْضُهُ إذا مَاتَ، كَانَ مَالُهُ لِمَنْ لَهُ فِيهِ الرِّقُّ، عِنْدَ مَالِكٍ، وَلَيْسَ لِمَنْ أعتقَ مِنْهُ شَيْءٌ.

وَسَنَذْكُرُ اخْتِلافَهُمْ فِي هَذِهِ المَسْألَةِ، فِي كِتَابِ العتْقِ، إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

قَالَ مَالِكٌ[3]: فِي مُكَاتَبٍ أعْتَقَهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ، قَالَ: إنْ لَمْ يَحْمِلْهُ ثُلُثُ الْمَيِّتِ عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ، وَيُوضَعُ عَنْهُ مِنَ الْكِتَابَةِ قَدْر ذَلِكَ، إنْ كَانَ عَلَى الْمُكَاتَبِ خَمْسَةُ آلافِ دِرْهَمٍ، وَكَانَتْ قِيمَتُهُ ألْفَيْ دِرْهَمٍ نَقْداً، وَيَكُونُ ثُلُثُ الْمَيِّتِ ألْفَ دِرْهَمٍ، عَتَقَ نِصْفُهُ، وَيُوضَعُ عَنْهُ شَطر الْكِتَابَةِ.

هَكَذَا هَذِهِ المَسْألَةُ فِي «المُوطَّأ»، وَذَكَرَها ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ، فَقالَ: إذا أعْتَقَ المُكَاتَبَ [سَيِّدُهُ] عِنْدَ المَوْتِ، فَإنَّهُ يقَوَّمُ مَا بَقِيَ عَلَيهِ مِنَ الكِتَابَةِ، وَتُقامُ رَقبتُهُ؛ فَإنْ

---

(١) الموطأ، ص٨٠٩. (٢) انظر الحاشية السابقة. (٣) الموطأ، ص٨٠٩.

كَانَتْ قِيمَةُ الكِتَابَةِ أَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ رَقَبَتِهِ، وضعَ ذَلِكَ فِي ثُلثِ سَيِّدِهِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ كِتَابَتِهِ، وضعَ ذَلِكَ فِي الثُّلثِ الأَوَّلِ مِنْهُما، ثُمَّ يخرجُ حُرّاً بِتلْكَ القِيمَةِ.

قال أبو عمر: وَهَذا خِلافُ مَا رَوَاهُ [يَحْيَى]، فِي «المُوَطَّأ»، فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ لِمَالِكٍ، فِي «المُوَطَّأ» أَصْلُ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الحَكَم، وَمَضى القَوْلُ فِيهِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي رَجُلٍ قَالَ فِي وَصِيَّتِهِ: غُلامِي فُلانٌ حُرٌّ، وَكَاتِبُوا فُلاناً: تُبْدَأُ الْعَتَاقَةُ عَلَى الْكِتَابَةِ.

وَذكرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَم، هَذِهِ المَسْأَلَةَ، وَزَادَ: فَإِنْ فَضلَ شَيْءٌ، خُيِّرَ الوَرَثَةُ بَيْنَ أَنْ يمضُوهُ مُكَاتَباً، أو يعْتقُوا مَا حملَ الثُّلثُ مِنْهُ بتلاً.

قال أبو عمر: إِنَّما بَدأ بِالعَتَاقَةِ؛ لأَنَّهُ عتقٌ مُتَيَقَّنٌ، وَحُرْمَتُهُ قَدْ ثَبتَتْ، وَالكِتَابَةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ؛ لأَنَّهُ قَدْ يعجزُ صَاحِبُها، فَيَعُودُ رَقِيقاً.

وَسَنَذْكُرُ مَذَاهِبَ العُلماءِ فِي مَا يُبدَأُ مِنَ الوَصَايَا، فِي كِتَابِ الوَصَايَا، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

---

(١) الموطأ، ص٨٠٩.

٤٠

كتاب المدبر(١)

١ ـ باب القضاء في ولد المدبرة

١٥١٣ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ دَبَّرَ جَارِيَةً لَهُ، فَوَلَدَتْ أَوْلاداً بَعْدَ تَدْبِيرِهِ إِيَّاهَا، ثُمَّ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ قَبْلَ الَّذِي دَبَّرَهَا، إِنَّ وَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا، قَدْ ثَبَتَ لَهُمْ مِنَ الشَّرْطِ مِثْلُ الَّذِي ثَبَتَ لَهَا، وَلا يَضُرُّهُمْ هَلاكُ أُمِّهِمْ، فَإِذَا مَاتَ الَّذِي كَانَ دَبَّرَهَا، فَقَدْ عَتَقُوا، إِنْ وَسِعَهُمُ الثُّلُثُ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلماءُ، فِي وَلَدِ المُدَبَّرَةِ الَّذِينَ تَلِدُهُم بَعْدَ [تَدْبِيرِ سَيِّدِهَا لَها] مِنْ نِكَاحٍ، أو زِنًى:

فَقالَ الجُمْهُورُ مِنَ العُلماءِ: وَلَدُها بَعْدَ تَدْبِيرِهَا، بِمَنْزِلَتِها، يُعْتقُونَ بِعُتْقِها، وَيرِقُّونَ بِرِقِّها.

وَمَعْنى قَوْلِهم: يعْتقُونَ بعتْقِها أيْ: بِمَوْتِ سَيِّدها، وَأمَّا لَو أعْتَقَها سَيِّدُها فِي حَيَاتِهِ، لَمْ يعتقُوا بعتْقِها.

وَمِمَّنْ قَالَ: إِنَّ وَلَدَ المُدَبَّرَةِ بِمَنْزِلَتِها، [كَقَوْلِ مَالِكٍ سَوَاءً]؛ سُفْيَانُ، وَالأَوْزاعيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابُهُ، وَالحَسَنُ بْنُ [صَالِحٍ]، وَابْنُ أَبِي لَيْلى، وَابْنُ شبْرُمَةَ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَأَحْمَدُ بْنُ إسْحاقَ.

وَهُوَ أَحَدُ قَوْلي الشَّافِعِيِّ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُثْمانَ، وَابْنِ مَسْعُودٍ، وَابْنِ عُمَرَ، وَجابِرٍ، وَلا أعْلَمُ لَهُمْ مُخَالِفاً مِنَ الصَّحَابَةِ.

---

(١) المدبر: هو الذي علّق سيد، عتقه على موته، سمي به لأن الموت دبر الحياة. ودِبْرُ كل شيء: ما وراءه.

١٥١٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ١، من كتاب المدبر، باب ١ (القضاء في المدبر).

وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ، وَمَسْرُوقٌ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ، وَأَبُو جَعْفَرٍ مُحمدُ بْنُ عَلِيٍّ، وَالقَاسِمُ بْنُ مُحمدٍ، وَالحَسَنُ البَصريُّ، وَابْنُ سِيرِينَ، وَمُجَاهِدٌ، وَالشَّعبيُّ، وَإِبْرَاهِيمُ، وَالزُّهريُّ، وَعطاءٌ، على اخْتلافٍ عَنْهُ، وَطَاوسٌ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ، وَيَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ، [وَالشَّافِعِيُّ، فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ]، كُلُّ هَؤُلاءِ يَقُولُونَ: وَلَدُ المُدَبَّرَةِ بِمَنْزِلَتِها؛ [يعْتقُونَ بِعتْقِها].

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ.

وَللشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ قَوْلٌ آخرُ؛ وَهُوَ، أَنَّ أَوْلادَ المُدَبَّرَةِ، مَمْلُوكُونَ، لا يعْتقُونَ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

وَهُوَ قَوْلُ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ [أَبِي الشَّعْثَاءِ]، وَعَطاءِ بْنِ أَبي رَباحٍ، وَمَكْحُولٍ، وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ.

وَاخْتَارَهُ المزنيُّ مِنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ؛ قَالَ: وَهُوَ أَشْبَهُهُمَا بِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ؛ لأَنَّ التَّدْبِيرَ عِنْدَهُ وَصِيَّةٌ يعتقُها، كَما لَو أَوْصى بِرَقَبَتِها، لَمْ يَدْخُلْ فِي الوَصِيَّةِ وَلَدُها.

قال أبو عمر: لَمْ [يدخلِ البُوَيْطِيُّ عَنْهُ هَذِهِ القَوْلَةَ]، وَذَكَرَ عَنْهُ [القَوْلَةَ] الأولى؛ فَقالَ: إذا دَبَّرَ الرَّجُلُ أَمَتَهُ، فَوَلَدُها بِمنْزِلَتِها؛ يعْتقُونَ بعتْقِها، وَيرقُّونَ بِرِقِّها، وَيقومُونَ فِي الثُّلثِ كَما تقومُ الأُمُّ، وَلَهُ أَنْ يَرْجعَ [فيمن] دُونَ الأُمِّ، وَيرجعَ فِي الأُمِّ دُونَهُمْ.

[وَذَكَرَ المُزنيُّ عَنْهُ هَذَا القَوْلَ] ثُمَّ قَالَ: قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَالقَوْلُ الثَّانِي، أَنَّ وَلَدَها مَمْلُوكُونَ، وَذَلِكَ أَنَّها أَمَةٌ، أَوْصى بِعِتْقِهَا، لِصَاحِبِها فِيها الرُّجُوعُ، وَيَبِيعُها إِنْ شَاءَ، وَلَيْسَتِ الوَصِيَّةُ بِحُرْمَةٍ ثَابِتَةٍ؛ فَأَوْلادُهَا مَمْلُوكُونَ

قَالَ الشَّافعِيُّ: وَأَخبَرَنَا سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ عُمَرو، عَنْ أَبِي الشَّعْثَاءِ، قَالَ: أَوْلادُها مَمْلُوكُونَ.

وَرَوى الشَّافِعِيُّ، وَغَيْرُهُ، عَنْ [سُفْيانَ بْنِ عُيَيْنَةَ]، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، أَنَّهُ قَالَ: إِذَا دَبَّرَ الرَّجُلُ جَارِيَتَهُ، فَوَلَدُها بِمَنْزِلَتِها.

قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ الوَارِثِ، قَالَ: حَدَّثَنِي قَاسِمُ بْنُ أَصبْغ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو قلابَةَ الرقاشيُّ، قَالَ: حدَّثني أَبُو عَاصمٍ، عَنِ ابْنِ جُريجٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ، قالَ: وَلَدُ المُدبَّرَةِ عَبِيدٌ.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حَدَّثني عَبْدُ الأعْلى، عَنْ بردةَ، عَنْ مكْحُولٍ، فِي أَوْلادِ المُدَبَّرَةِ، قَالَ: يَبِيعُهم [سَيِّدُهم] إِنْ شَاءَ.

قال أبو عمر: مَنْ جَعلَهُمْ بِمَنْزِلَةِ أُمِّهِمْ، فَإِنَّهُمْ عَلى مَا أَجْمَعُوا عَلَيهِ فِي أَوْلادِ

الحُرَّةِ، أَنَّهُم أحْرارٌ، وَفِي أوْلاد الأمَةِ، أَنَّهُمْ عَبِيدٌ، وَمَنْ قَالَ إِنَّهُم عَبِيدٌ، قَدْ أَجْمَعُوا عَلى أنَّهُ لَو قَالَ لأمَتِهِ: إذا دَخَلْتِ الدّارَ بَعْدَ سَنَةٍ، فَأنْتِ حُرَّةٌ [فَدَخَلَتِ الدَّارَ]، أَنَّ وَلَدَها لا يعْتقُونَ بِدُخُولِها، وَأَجْمَعَ أَنَّ المُوصِي بِعِتْقِها، لا يُدْخِلُ وَلَدَها فِي الوَصِيَّةِ، إنْ لَمْ يُوصِ بِهِمْ.

وَأَمَّا قَوْلُ مَالِكٍ فِي آخِرِ هَذِهِ المَسْأَلَةِ: إنْ وَسعَهُم الثُّلُثُ، فَعلى هَذا القَوْلِ أيضاً جُمْهُورُ العُلماءِ؛ أَنَّ المُدبَّرَ فِي الثُّلثِ.

وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِم، وَالثَّوْرِيِّ، والأَوْزَاعِيِّ، وَالحَسَنِ [بْنِ صَالِحٍ، وَأَحْمَدَ]، وَإِسْحاقَ، وَأَبِي ثَوْرٍ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ، رضي الله عنه.

وَبه قَالَ شُرَيحٌ، وَسَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ، والشعبي، وَالحَسَنُ، وَابْنُ سِيرِينَ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ، وَمَكْحُولٌ، وَابْنُ شِهابِ الزُّهْرِيُّ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمانَ.

وَروى فِيهِ حَدِيثاً مُسْنَداً، انْفَرَدَ بِهِ عَلِيُّ بْنُ ظبيانَ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ نَافعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلثِ»[1].

وَهَذَا خَطَأٌ مِنْ عَلِيِّ بْنِ ظبيانَ، لَمْ يُتَابَعْ عَلَيهِ، وَإِنَّما يَرْوِيهِ غَيْرُهُ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ نَافعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، وقَوْلُهُ: عَلِيُّ بْنُ ظبيانَ كَانَ قَاضِياً بِبَغْدَادَ، تَرَكُوهُ لِهَذا الحَدِيثِ وَشِبْهِهِ، فَهُوَ عِنْدَهُم مَتْرُوكُ الحَدِيثِ.

وَقَدْ ذَكَرَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حَدَّثَنِي وكِيعٌ، عَنْ سُفْيانَ، عَنْ خَالِدٍ، عَنْ أَبِي قِلابَة، أَنَّ النَّبيَّ ﷺ قَالَ: «المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلثِ».

قَالَ: وَحَدَّثَنِي ابْنُ إِدْرِيس، عَنِ الأشْعَثِ، عَنِ الشَّعْبِيِّ، أَنَّ عَلِيّاً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، كَانَ يَجْعَلُ المُدبَّرَ مِنَ الثُّلثِ، وَأَنَّ عَامِراً كَانَ يَفْعَلُهُ.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: المُدَبَّرُ مِنْ رَأْسِ المَالِ؛ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، إلا أَنَّهُ لَمْ يَرْوِهِ إلا جَابِرٌ الجعْفيُّ، عَنِ القَاسمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ عَنْ مَسْرُوقٍ، عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَإِنَّما هُوَ عَنْ مَسْرُوقٍ صَحِيحٌ لا عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ.

رَوَاهُ جَماعَةٌ مِنْ أَهْلِ الحَدِيثِ، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي خَالِدٍ، عَنِ الشَّعْبيِّ، أَنَّ شُرَيْحا، كَانَ يَقُولُ: «المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلثِ».

---

(١) أخرجه ابن ماجه في العتق باب ١.

وَكَانَ مَسْرُوقٌ يَقُولُ: مِنْ رَأْسِ المَالِ، فَقُلْتُ لِلشَّعْبِيِّ: أَيُّهما كَانَ أَعْجبَ إِلَيْكَ؟ فَقالَ مَسْرُوقٌ: كَانَ أفقهُهما وَشُريحٌ كَانَ أَقْضاهُما.

وَرَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ عَبْدِ المَلكِ بْنِ سعيد بن أبجر، عَنِ الشَّعْبِيِّ، عَنْ شُريحٍ، أَنَّهُ جَعَلَ المُدَبَّرَ مِنَ الثلثِ.

وَجَعَلَهُ مَسْرُوقٌ مِنْ رَأْسِ المَالِ.

قال أبو عمر: الجُمْهُورُ عَلى قَوْلِ شُريحٍ، وَقَدْ قَالَ بِقَوْلِ مَسْروقٍ فِي ذَلِكَ إِبْرَاهِيمُ النخعيُّ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَزُفَرُ [بْنُ الهُذَيلِ] كُلُّ هَؤُلاءِ يَقُولُونَ: المُدَبَّرُ مِنْ رَأْسِ المَالِ.

وَرُوِيَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ، وَحَمَّادٍ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُما: مِنَ الثُلثِ.

وَالأخرى: مِنْ رَأسِ المَالِ.

وَقَالَ ابْنُ عُيَيْنَةَ: كَانَ ابْنُ أَبِي لَيْلى أَوَّلَ مَا قَضى، جَعَلَ المُدَبَّرَ مِنْهُ رَأْسِ المَالِ، ثُمَّ رَجعَ فَجعَلَهُ مِنَ الثُلُثِ.

قال أبو عمر: قَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ سَائِرَ مَا يَقَعُ بَعْدَ المَوْتِ، فِي الثُلثِ، فَكَذَلِكَ المُدَبَّرُ.

وَقَالَ مَالِكٌ[1]: كُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا، إِنْ كَانَتْ حُرَّةً، فَوَلَدَتْ بَعْدَ عَتقِهَا، فَوَلَدُها أَحْرَارٌ، وَإِنْ كَانَتْ مُدَبَّرَةً، أَوْ مُكَاتَبَةً، أَوْ مُعْتَقةً إِلَى سِنِينَ، أَوْ مُخْدَمَةً، أَوْ بَعْضُهَا حُرّاً، أَوْ مَرْهُونَةً، أَوْ أُمَّ وَلَدٍ، فَوَلَدُ كُلِّ وَاحِدةٍ مِنْهُنَّ عَلى مِثَالِ حَالِ أُمِّهِ، يَعْتِقُونَ بِعِتْقِهَا، وَيَرِقُّونَ بِرِقِّهَا.

قال أبو عمر: أَمَّا المَرْهُونَةُ، وَالمُخْدَمَةُ، فَالخِلافُ بَيْنَهُما مِنْ جَمَاعَةٍ، مِنْهُم الشَّافعيُّ، يَرى أَوْلادَهُما عَبِيداً، قِيَاساً عَلى المُسْتَأْجرةِ، وَالمُوصى بِها.

وَأَمَّا وَلَدُ أُمِّ الوَلَدِ، مِنْ زَوْجٍ، أَو مِنْ زِنًى، فَالخِلافُ [بَيْنَهُما مِنْ جَمَاعَةٍ] فِي وَلَدِها، عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، وَمَكْحُولٍ، كَانَا يَقُولانِ: إِنَّ أَوْلادَها عَبِيدٌ يُبْتَاعُونَ.

وَبِهِ قَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ.

قال أبو عمر: رَوى القعنبيُّ، وَابْنُ وَهْبٍ، عَنِ العمريِّ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: وَلدُ أُمِّ الوَلَدِ، بِمَنْزِلَتِها، وَلا أَعْلَمُ لَهُ مِنَ الصَّحابَةِ، مُخَالِفاً.

---

(١) الموطأ، ص٨١٠.

وَأَمَّا القِيَاسُ، فَوَلَدُ كُلِّ امْرَأَةٍ غَيْرِها، فَلا يَكُونُ حُكْمُ حُكْمَها، إلا بِإِجْمَاعٍ.

وَقَدْ أَجْمَعُوا على أَنَّ وَلَدَها تبعٌ لَها فِي الملْكِ، وَالحُرِّيَّةِ.

[قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي مُدَبَّرَةٍ دُبِّرَتْ وَهِيَ حَامِلٌ: إِنَّ وَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ أَعْتَقَ جَارِيَةً لَهُ وَهِيَ حَامِلٌ، وَلَمْ يَعْلَمْ بحَمْلِهَا].

قالَ مَالِكٌ: فَالسُّنَّةُ فِيهَا أَنَّ وَلَدَهَا يَتْبَعُهَا وَيَعْتِقُ بِعِتْقِهَا.

قَالَ مَالِكٌ[2]: وَكَذَلِكَ لَوْ أَنَّ رَجُلاً ابْتَاعَ جَارِيَةً وَهِيَ حَامِلٌ، فَالْوَلِيدَةُ وَمَا فِي بَطْنِهَا لِمَنْ ابْتَاعَها، اشْتَرَطَ ذَلِكَ الْمُبْتَاعُ، أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلا يَحِلُّ لِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مَا فِي بَطْنِهَا؛ لأَنَّ ذَلِكَ غَرَرٌ، يَضَعُ مِنْ ثَمَنِهَا، وَلا يَدْرِي أَيَصِلُ ذَلِكَ إِلَيْهِ أَمْ لا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ بَاعَ جَنِيناً فِي بَطْنِ أُمِّهِ، وَذَلِكَ لا يَحِلُّ لَهُ؛ لأَنَّهُ غَرَرٌ.

قال أبو عمر: أَمَّا قَوْلُهُ، فِي المُدَبَّرَةِ الحَامِلِ، فَهُوَ قَوْلُ الجُمْهُورِ، وَالقَائِلِينَ بِأَنَّ وَلَدَها بِمَنْزِلَتِها.

وَأَمَّا احْتِجَاجُهُ وَتَمْثِيلُهُ، [وَالجَارِيَةُ] بِالجَارِيَةِ تُبَاعُ وَهِيَ حَامِلٌ، فَسَيَأْتِي فِي كِتَابِ: البُيُوعِ، بَيْعُ الجَارِيَةِ، وَاسْتِثْنَاءُ مَا فِي بَطْنِها، [فَفِي ذَلِكَ اخْتِلافٌ لِلسَّلَفِ وَالخَلَفِ].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، فِي الحَامِلِ تُدَبَّرُ: إِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، لَمْ يَدْخُلْ فِي التَّدْبِيرِ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِداً، فَهُوَ مُدَبَّرٌ مَعَ أُمِّهِ.

وهَذا عِنْدِي عَلى أَحَدِ قَوْلَيْهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فِي مُكَاتَبٍ أَوْ مُدَبَّرٍ ابْتَاعَ أَحَدُهُمَا جَارِيَةً، فَوَطِئَهَا، فَحَمَلَتْ مِنْهُ وَوَلَدَتْ، قَالَ: وَلَدُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ جارِيَتِهِ بِمَنْزِلَتِهِ، يَعْتِقون بِعِتْقِهِ، وَيَرِقُّونَ بِرِقِّهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِذَا أُعْتِقَ هُوَ، فَإِنصما أُمُّ وَلَدِهِ مَالٌ مِنْ مَالِهِ، يُسلَّمُ إِلَيْهِ [إِذَا أُعْتِقَ].

قَالَ أَبُو عُمَرَ: أَجْمَعَ عُلَمَاءُ المُسْلِمِينَ، بِأَنَّ وَلَدَ الحُرِّ، مِنْ سَرِيَّتِهِ، تَبعٌ لَهُ، لا لأُمِّهِ، وَأَنَّهُ حُرٌّ مِثْلُهُ، وأَجْمَعُوا أَنَّ وَلَدَ العَبْدِ، مِنْ سَرِيَّتِهِ، عِنْدَ مَنْ أَجَازَ لَهُ التَّسَرِّي، بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَعِنْدَ مَنْ لَمْ يُجِزْهُ، عَبْدٌ تبعٌ لأَبِيهِ، ومَلكٌ [لِلسَّيِّدِ]، كَأَبِيهِ وَأُمِّهِ.

وَقَالَ الجُمْهورُ: مِنْهُم: وَلَدُ المُكَاتَبِ مِنْ سَرِيَّتِهِ، إِذا أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ [فِي التَّسَرِّي، تَبَعٌ

---

(١) انظر الحاشية السابقة.

(٢) الموطأ، ص٨١١.

لأبيهِ، مُكاتَبٌ مِثْلُهُ، دَاخِلٌ فِي كِتَابَتِهِ، وَكَذَلِكَ المعْتَقُ بَعْضَهُ سَيِّدُهُ مِنْ سَرِيَتِهِ] مِثْلُهُ.

وَاخْتَلَفُوا فِي المُدَبَّرِ يَتَسَرَّى:

فَقَالَ مَالِكٌ، فِي «مُوَطَّئِهِ»، مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ، وَعَلَيهِ أَصْحَابُهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحابُهما: وَلَدُ المُدَبَّرِ مِنْ سَرِيَّتِهِ، لا يَكُونُونَ مُدَبَّرِينَ.

قَالَ الكُوفِيُّونَ: لأنَّ لِسَيِّدِ المُدَبَّرِ، أَنْ يَنْتَزِعَ مَالَهُ، وَلَيْسَ لَه أَنْ يَنْتَزِعَ مَالَ المُكَاتَبِ، فَلَيْسَ كَالمُكَاتَبِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ؛ فَالمُدَبَّرُ عِنْدَهُ وَصِيَّةٌ، لِسَيِّدِهِ الرُّجُوعُ فِيهِ، وَبَيْعُهُ جَائِزٌ لَهُ وَلا خِلافَ أَنَّ وَلَدَ المُوصى بِهِ، لا يَدْخُلُ فِي الوَصِيَّةِ، إلا أَنْ يدْخلَهُ السَّيِّدُ، وَيُوصِي بِهِ، كَما أَوْصى بِأَبِيهِ، وَكَذَلِكَ العَبْدُ المَرْهُونُ، لا يَدْخُلُ وَلَدُهُ مِنْ سَرِيَّتِهِ فِي الرَّهْنِ، إلا بِالشَّرْطِ.

وَأَجْمَعُوا عَلى أَنَّ وَلَد المُكَاتَبِ مِنْ سَرِيَّتِهِ، بِمَنْزِلَتِهِ، وَأَنَّ وَلَدَ الحُرِّ مِنْ سَرِيَّتِهِ، حُرٌّ مِثْلُهُ، وَأَنَّ وَلَدَ العَبْدِ مِنْ سَرِيَّتِهِ، عَبْدٌ مِثْلُهُ، عِنْدَ مَنْ أَجَازَ لَهُ التَّسَرِّي، وَعِنْدَ مَنْ لَمْ يُجِزْهُ.

وَإِجْمَاعُهم عَلى هَذا يَقْضِي عَلى أَنَّ وَلَدَ كُلِّ أَحَدٍ مِنْ سَرِيَّتِهِ بِمَنْزِلَتِهِ.

٢ ـ باب جامع ما في التدبير

١٥١٤ ـ قَالَ مَالِكٌ: فِي مُدَبَّرٍ قَالَ لِسَيِّدِهِ: عَجِّلْ لِي الْعِتْقَ، وَأُعْطِيَكَ خَمْسِينَ مِنْهَا مُنَجَّمَةً عَلَيَّ، فَقَالَ سَيِّدُهُ: نَعَمْ، أَنْت حُرٌّ، وَعَلَيْكَ خَمْسُونَ دِينَاراً، تُؤَدِّي إِلَيَّ كُلَّ عَامٍ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ، فَرَضِيَ بِذَلِكَ الْعَبْدُ، ثُمَّ هَلَكَ السَّيِّدُ بَعْدَ ذَلِك بِيَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاثَةٍ.

قَالَ مَالِكٌ: يَثْبُتُ لَهُ العِتْقُ، وَصَارَتِ الْخَمْسُونَ دِينَاراً دَيناً عَلَيْهِ، وَجَازَتْ شَهَادَتُهُ، وَثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ، وَمِيرَاثُهُ وَحُدُودُهُ، وَلا يَضَعُ عَنْهُ، مَوْتُ سَيِّدِهِ، شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ.

قال أبو عمر: لا يَجُوزُ فِي تَحْصِيلِ قَوْلِ مَالِكٍ، فِي بَيْعِ المُدَبَّرِ إلا من نَفْسِهِ، إلا أَنَّهُ قَدِ اخْتلفَ قَوْلُهُ إِذَا وَقَعَ البَيْعُ فِيهِ، وَفَاتَ بِالعتْقِ، [وَصَارَ حُرّاً]، [وَسَنَذْكُرُهُ] فِي بَابِ: بَيْعِ المُدَبَّرِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، عَزَّ وَجَلَّ.

١٥١٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢، من كتاب المدبر، باب ٢ (جامع ما في التدبير).

وَإِذَا كَانَ لَهُ بَيْعُهُ مِنْ نَفْسِهِ، فَتَعْجِيلُ العتقِ لَهُ على نُجُوم يَأْخُذُها مِنْهُ مِثل ذَلِكَ فِي الجَوازِ؛ لأنَّهُ لا يَدْخُلُهُ بَيْعُ [وَلاءٍ]، وَلا شَيْءَ يكرهُ، إِذَا كَانَ اَلمُدبَّرُ رَاضِياً بِذَلِكَ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ، فِي العَبْدِ يَقُولُ لَهُ سَيِّدُهُ: أَنْتَ حُرٌّ، وَعَلَيْكَ خَمْسُونَ [دِيناراً] فَلَمْ يَرْضَ بِذَلِكَ العَبْدُ.

وَذَكَرَ ابْنُ القَاسِمِ، فِي «المُدَوَّنَةِ»، عَنْ مَالِكٍ، قَالَ: أَرَاهُ حُرًا، وَعَلَيهِ المَالُ، أَحَبَّ أو كَرِهَ.

وَكَذَلِكَ قَالَ أَشْهَبُ، وَمُطَرِّفٌ، وَأَصبغُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُوجِبْ لَهُ الجِزْيَةَ، إِلا عَلى أَنْ يُؤَدِّي إِلَيهِ المَالَ، وَلا يضرُّهُ تَعْجِيلُ الحُرِّيَةِ لَهُ بِاللَّفْظِ.

وَقالَ ابْنُ القاسِمِ: إِنْ رَضِيَ العَبْدُ بِذَلِكَ، لَزِمَهُ المَالُ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ بِذَلِكَ، فَهُوَ حُرٌّ [السَّاعةَ]، وَلا شَيْءَ عَلَيهِ.

قَالَ: وَلا يُعْجِبُني قَوْلُ مَالِكٍ، فِي إِلْزَامِهِ لَهُ المَالَ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ، وَعَلَيكَ أَلْفُ دِرهَمٍ، كَانَ حُرًا بِغَيْرِ شَيْءٍ.

وقَالَ أَبُو يُوسُفَ، [وَمُحمَّدٌ]: إِنْ قَبِلَ العَبْدُ ذَلِكَ، كَانَ حُرًا، وَكَانَ عَلَيهِ المَالُ.

قال أبو عمر: قَوْلُ ابْنِ القَاسمِ مَعْنَاهُ صَحِيحٌ؛ لأنَّهُ قَوْلُهُ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ، لا مرْجَعَ لَهُ فِيهِ، جَادًا كَانَ، أَو لاعِباً، وَقَوْلُهُ بَعْدُ: وَعَلَيْكَ مِنَ المَالِ كَذا، إِثْبَاتُ مَالٍ فِي ذِمَّةِ حُرٍّ، بِغَيْرِ رِضَاهُ، وَبِغَيْرِ عَوضٍ طَلَبَهُ وَاشْتَرَاهُ، وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ بِإِجْماعٍ فِي ذِمَّةِ حُرٍّ.

وَقالَ ابْنُ الماجِشُونِ: العَبْدُ بِالخِيارِ إِنْ شَاءَ، الْتَزَمَ المَال، وَكَانَ حُرّاً، وَإِنْ شَاءَ، لَمْ يَلْزَمْهُ، وَلا حُرِّيَّةَ لَهُ، قَالَ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ: أَنْتَ حُرٌّ، على أَنَّ عَلَيْكَ كَذَا، وَكَذَا، فَهُوَ بِالخِيَارِ.

قال أبو عمر: لَيسَ قَوْلُهُ: أَنْتَ حُرٌّ، عَلى أَنَّ عَلَيْكَ كَذا، مِثْلُ قَوْلِهِ: أَنْتَ حُرٌّ، وَعَلَيْكَ كَذَا وَكَذَا؛ لأنَّ قَوْلَهُ: أَنْتَ حُرٌّ، عَلى أَنَّ عَلَيْكَ كَذا فِي كَلام مُتَّصِلٍ شَرْطٌ مِنْهُ عَلَيْهِ، إِنْ رَضِيَهُ، لَزِمَهُ، وَلا يَصِحُّ فِي هَذا القَوْلِ دَعْوى النَّدمِ، وَإِذَا أَطْلَقَ لَهُ: أَنْتَ حُرٌّ، وَعَلَيْكَ كَذَا فَظَاهِرُهُ قَدْ أَوْجَبَ لَهُ الحُرِّيَةَ، ثُمَّ ندمَ، فَأَوْجَبَ عَلَيهِ مَعَها شَيْئاً لَمْ يَرْضَهُ، فَلا يَلْزَمُهُ مِنْ ذَلِكَ مَا لَمْ يَرْضَ.

وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّهُ إِذَا قَالَ لامْرَأَةٍ: أَنْتَ طَالِقٌ، وَعَلَيْكَ كَذَا، أَنَّها طَالِقٌ، رضِيَتْ بِما جعلَ عَلَيْها (بَعْدَ) الطَّلاقِ، أَمْ لَمْ تَرْضَ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: أَنْتَ حُرٌّ، وَعَلَيْكَ كَذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ، عَلى أَنَّ عَلَيْكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، أو خِدْمَةَ سَنَةٍ، فَقِيلَ لَهُ: لَزِمَ ذَلِكَ، وَكَانَ دَيْناً عَلَيهِ، فَإِنْ مَاتَ، قَبْلَ أَنْ يخْدمَهُ، رَجعَ المولي بِقِيمَةِ الخِدْمَةِ فِي مَالِهِ، إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ.

قال أبو عمر: هَذا يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ إِنْ قَبِلَ، كَانَ حُرّا فِي الوَقْتِ، وَكَانَتِ الدَّرَاهِمُ عَلَيْهِ دَيْناً، وَالخِدْمَةُ.

وَقالَ مَالِكٌ: إِذَا قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلى أَنْ تَخْدمَنِي سَنَةً، فَإِنْ كَانَ عجلَ عتقُه، عَلى أَنْ يخدمَهُ، فَهُوَ حُرٌّ، وَالخدْمَةُ سَاقِطَةٌ عَنْهُ، وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يجعلَ عتْقَهُ بَعْدَ الخِدْمَةِ، لَمْ يعتقْ حَتَّى يخْدمَهُ سَنَةً، وَالسَّنَةُ مِنْ وَقْتِ القَوْلِ: خَدمَ أو أَبَقَ، أو مَرِضَ، وَسَواءٌ قَالَ: «هَذِهِ السَّنَةُ»، أَوِ «السَّنَةِ».

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسُفَ: إِذا قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ، عَلى أَنْ تَخْدمَنِي أَرْبَعَ سِنِينَ، [فقبِلَ، فعتقَ]، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ سَاعَتَئِذٍ، فَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَفْسِهِ.

وَقَالَ مُحمدٌ: عَلَيهِ قِيمَةُ خِدْمَتِهِ أَرْبَعَ سِنِينَ.

وَقَالَ مَالِكٌ[1]: فِي رَجُلٍ دبَّرَ عَبْداً لَهُ، فَمَاتَ السَّيِّدُ، وَلَهُ مَالٌ حَاضِرٌ وَمَالٌ غَائِبٌ، فَلَمْ يَكُنْ فُي مَالِهِ الْحَاضِرِ مَا يَخْرُجُ فيهِ الْمُدَبَّرُ.

قَالَ: يُوقَفُ الْمُدَبَّرُ بِمَالِهِ، وَيُجْمَعُ خَرَاجُهُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ مِنَ الْمَالِ الْغَائِبِ، فَإِنْ كَانَ فِيمَا تَرَكَ سَيِّدُهُ، مِمَّا يَحْمِلُهُ الثُّلُثُ، عَتَقَ بِمَالِهِ، وَبِما جُمِعَ مِنْ خَرَاجِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيمَا تَرَكَ سَيِّدُهُ مَا يَحْمِلُهُ، عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ الثُّلُثِ، وَتُرِكَ مَالُهُ فِي يَدَيْهِ.

قال أبو عمر: عَلى هَذَا أَصْلُهُ، عَلى أَنَّ العَبْدَ، وَالمُدَبَّرَ تَبعهُ مَالُهُ.

وَأَمَّا عِنْدَ الشَّافعيِّ، وَأَبي حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابِهِما، فَمالُ العَبْدِ، وَالمُدَبَّرِ، لِسَيِّدِهِ، وَلا يُقَوَّمُ فِي الثُّلثِ إِلا شَخْصُهُ وَرَقَبَتُهُ دُونَ مَالِهِ.

وَلَمْ يَخْتَلِفْ مَالِكٌ، وَأَصْحابُه، أَنَّ المُدَبَّرَ لا يُقَوَّمُ فِي الثُّلثِ إِلا بِجَمِيعِ مَالِهِ، وَقالُوا فِي المُدَبَّرِ يَمُوتُ سَيِّدُهُ، وَلا تخرجُ رَقَبتُهُ وَمالُهُ مِنَ الثُّلثِ، أَنَّهُ يعْتقُ بَعْضُهُ، وَيرقُّ بَعْضُهُ، عَلى حَسَبِ مَا يحْملُ الثُّلثُ مِنْهُ، وَمَا لا يَحْملُهُ، وَيَبْقى [جَمِيعُ] المُدَبَّرِ بِيَدِهِ.

وَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ، أَنَّ ابْنَ وَهْبٍ، يَقُولُ: مَا خَرَجَ مِنَ الثُّلثِ، مِنَ المَالِ، فَهُوَ بَاقٍ بِيَدِ المُدَبَّرِ، وَمَا لَمْ يَخْرُجْ، فَهُوَ مَالٌ لِلْمَيِّتِ.

---

(١) الموطأ، ص٨١١، ٨١٢.

وَرَوَاهُ عَنْ رَبِيعَةَ [وَاللَّهُ المُوفِّقُ].

٣ ـ باب الوصية في التدبير

١٥١٥ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، أَنَّ كُلَّ عَتَاقَةٍ أُعْتَقَهَا رَجُلٌ، فِي وَصِيَّةٍ أَوْصَى بِهَا، فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ: أَنَّهُ يَرُدُّهَا مَتَى شَاءَ، وَيُغَيِّرُهَا مَتَى شَاءَ، مَا لَمْ يَكُنْ تَدْبِيراً، فَإِذَا دَبَّرَ، فَلا سَبِيلَ لَهُ إِلَى رَدِّ مَا دَبَّرَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَكُلُّ وَلَدٍ وَلَدَتْهُ أَمَةٌ، أَوْصَى بِعِتْقِهَا وَلَمْ تُدَبَّرْ، فَإِنَّ وَلَدَهَا لا يَعْتِقُونَ مَعَهَا إِذَا عَتَقَتْ، وَذَلِكَ أَنَّ سَيِّدَهَا يُغَيِّرُ وَصِيَّتَهُ إِنْ شَاءَ، وَيَرُدُّهَا مَتَى شَاءَ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا عَتَاقَةٌ، وَإِنَّمَا هِيَ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ قَالَ لِجَارِيَتِهِ: إِنْ بَقِيتْ عِنْدِي فُلانَةُ حَتَّى أَمُوتَ، فَهِيَ حُرَّةٌ.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ أَدْرَكَتْ ذَلِكَ، كَانَ لَهَا [ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ، قَبْلَ ذَلِكَ، بَاعَهَا وَوَلَدَها؛ لأَنَّهُ لَمْ يُدْخِلْ وَلَدَهَا فِي شَيْءٍ مِمَّا جَعَلَ لَهَا.

قَالَ: وَالْوَصِيَّةُ فِي الْعَتَاقَةِ مُخَالِفَةٌ لِلتَّدْبِيرِ، فَرَقَ بَيْنَ ذَلِكَ، مَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ.

قَالَ: وَلَوْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِمَنْزِلَةِ التَّدْبِيرِ، كَانَ كُلُّ مُوصٍ لا يَقْدِرُ عَلى تَغْيِيرِ وَصِيَّتِهِ، وَمَا ذُكِرَ فِيهَا مِنَ الْعَتَاقَةِ، وَكَانَ قَدْ حَبَسَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ مَا لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ].

قال أبو عمر: لا خِلافَ بَيْنَ العُلَماءِ ـ فِيما عَلِمْتُ ـ أَنَّ الوَصِيَّةَ، لَيْسَتْ كَالتَّدْبِيرِ، إلا مَنْ جَعَلَ المُدَبَّرَ وَصِيَّةً، [أجرى لِلْمُدبِّرِ الرُّجوعَ فِيما دَبَّرَ، كَالرُّجوعِ فِي الوَصِيَّةِ؛ فَمَنْ قَالَ بِهَذا، رأى التَّدْبِيرَ كَالوَصِيَّةِ، فَمِنْ أَهْلِ العِلْمِ يَقُولُ: المُدَبَّرُ وَصِيَّةٌ].

وَلَيْسَ مِنْهُم أَحَدٌ يَقُولُ: إِنَّ الوَصِيَّةَ تَدْبِيرٌ، وَكُلُّ مَنْ قَالَ: لَيْسَ المُدَبَّرُ وَصِيَّةً، لَمْ يَجُزْ بَيْعُ المُدَبَّرِ، وَلا الرُّجُوعُ فِيهِ.

وَسَنَذْكُرُ فِي بَابِ: بَيْعِ المُدَبَّرِ، مَنْ رَأَى بَيْعَهُ، وَرَآهُ وَصِيَّةً، وَمَنْ لَمْ يَرَ ذَلِكَ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

وَقَدِ اخْتَلَفُوا فِي لَفْظِ التَّدْبِيرِ.

فَقَالَ مَالِكٌ: إِذَا قَالَ، وَهُوَ صَحِيحٌ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، فَإِنْ كَانَ أَرَادَ وَجْهَ الوَصِيَّةِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ، وَإِنْ أَرَادَ التَّدْبِيرَ، منعَ مِنْ بَيْعِهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ: إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ متُّ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَهُوَ مُدَبَّرٌ، لا يَجُوزُ بَيْعُهُ.

١٥١٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣، من كتاب المدبر، باب ٣ (الوصية في التدبير).

وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ.

قَالُوا: وَإِنْ قَالَ: إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذا، فَأَنْتَ حُرٌّ، [جَازَ بَيْعُهُ]، وَإِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ، فَهُوَ حُرٌّ.

قال أبو عمر: لَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّهُ إذا قَالَ: إِنْ قَدِمْتُ مِنْ سَفَرِي، أَو مِتُّ مِنْ مَرَضِي، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَلَيسَ بِمُدَبَّرٍ.

وَاخْتَلَفَ ابْنِ القاسمِ، وَأَشْهَبُ، فِي مَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، وَلَمْ يَتَبَيَّنْ، هَلْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ ذَلِكَ وَصِيَّةً، أَو تَدْبِيراً، حَتَّى مَاتَ.

فَقالَ ابْنُ القَاسِمِ: هُوَ عَلى الوَصِيَّةِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ التَّدْبِيرَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ كَانَ ذَلِكَ، فِي غَيْرِ [حِينِ] إِحْدَاثِ وَصِيَّةٍ وَلا سَفَرٍ، وَلا لما جاءَ فِي ذَلِكَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ، أَنَّهُ قَالَ: «لا يَنْبَغِي لأحَدٍ أَنْ يبيتَ لَيْلَتَيْنِ، إِلا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبةٌ»[1]. فَهُوَ تَدْبِيرٌ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ مُدَبَّرٌ، أو: أَنْتَ عتيقٌ، أو: حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، أو: حِينَ متُّ، أو مَتى دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي [فَهذا كُلُّهُ تَدْبِيرٌ يَخْرجُ مِنَ الثُّلثِ، وَيرْجعُ صَاحِبهُ فِي مَا شَاءَ مِنْهُ، وَيَبيعُهُ متى شَاءَ]، فَهُو وَصِيَّةٌ، والمدبَّرُ عِنْدَهُ وَصِيَّةٌ، يرجعُ فِيهِ كَما يرْجعُ فِي سَائِرِ الوَصَايَا.

قَالَ مَالِكٌ[2]: فِي رَجُلٍ دَبَّرَ رَقِيقاً لَهُ جَمِيعاً فِي صِحَّتِهِ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ: إِنْ كَانَ دَبَّرَ بَعْضَهُمْ قَبْلَ بَعْضٍ، بُدِيءَ بِالأَوَّلِ فَالأَوَّلِ، حَتَّى يَبْلُغَ الثُّلُثَ، وَإِنْ كَانَ دَبَّرَهُمْ جَمِيعاً فِي مَرَضِهِ، فَقالَ: فُلانٌ حُرٌّ، وَفُلانٌ حُرٌّ، وَفُلانٌ حُرٌّ، فِي كَلامٍ وَاحِدٍ، إِنْ حَدَثَ بي فِي مَرَضِي هَذَا حَدَثُ مَوْتٍ، أَوْ دَبَّرَهمْ جَمِيعاً فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، تَحَاصَّوْا فِي الثُّلُثِ، وَلَمْ يُبَدَّأْ أَحَدٌ مِنْهُمْ قَبْلَ صَاحِبِهِ، وَإِنَّمَا هِيَ وَصِيَّةٌ، وَإِنَّمَا لَهُمْ الثُّلُثُ، يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِالحِصَصِ، ثُمَّ يَعْتِقُ مِنْهُمْ الثُّلُثُ، بَالِغاً مَا بَلَغَ.

قَالَ: وَلا يُبَدَّأُ أَحَدٌ مِنْهُمْ إِذَا كَانَ ذَلِكَ كُلُّهُ فِي مَرَضِهِ.

قال أبو عمر: الاخْتِلافُ فِي هَذَا البَابِ كَثِيرٌ، وَكَذَلِكَ اخْتَلَفَ فِيهِ أَصْحابُ مَالِكٍ؛ فَذَكَرَ ابْنُ حبيبٍ، فِي تَفْسِيرِهِ لِلْمُوطَّأ.

---

(١) أخرجه البخاري في الوصايا باب ١، ومسلم في الوصية حديث ١، ٤، وأبو داود في الوصايا باب ١، والترمذي في الوصايا باب ٣، والجنائز باب ٥، والنسائي في الوصايا باب ١، وابن ماجه في الوصايا باب ٢، والدارمي في الوصايا باب ١، ومالك في الوصايا حديث ١، وأحمد في المسند ٢/ ٤، ١٠، ٣٤، ٥٠، ٥٧، ٨٠، ١١٣.

(٢) الموطأ، ص٨١٣.

قَالَ ابْنُ القَاسم، وَابْنُ كنانةَ، وَابْنُ الماجشُونِ، وَمُطَرِّفٌ: إذا أَعْتَقَ الرَّجُلُ عَبِيداً لَهُ، فِي مَرَضِهِ، عتقاً بتلاً، أو أوْصى لَهُمْ كُلِّهِم بِالعَتَاقَةِ، أو بَعْضِهِم سَمَّاهُم، أو لَمْ يُسَمِّهِمْ، إلا أَنَّ الثُّلُثَ لا يحملُهم، أَنَّ السَّهْمَ يَجْرِي فِيهِمْ، كَانَ لَهُ مَالٌ غَيْرهُم، أو لَمْ يَكُنْ قَالَ: وَقَالَ ابْنُ نَافِع: إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهُمْ، لَمْ يَستهمْ بَيْنَهُمْ، وَأَعْتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مَا يَنُوبُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُمْ، [أو كَانَ لَهُ مَالٌ لا يقومُ]، فَإِنَّهُ يقرعُ بَيْنَهُمْ.

وَقَالَ أَصْبغٌ، وَأَشْهَبُ: إِنَّما القُرْعَةُ فِي الوَصِيَّةِ، وَأَمَّا [العتْقُ البَتْلُ] فَهُمْ فِيهِ كَالمُدَبَّرِين.

وَروى سَحْنُونُ، أَنَّهُ إذَا سَمَّاهُم، فَهُمْ كَالمُدَبَّرِينَ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ، عتقَ الثُّلث بِالقُرْعَةِ.

وَكُلُّهم يَقُولُ فِي الرَّجُلِ، يُوصِي بعتقِ عَبِيدِهِ، فِي مَرَضِهِ، وَلا مَالَ لَهُ سِوَاهُم، أَنَّهُ يقْرعُ بَيْنَهُم بِالسَّهْمِ، كَما جَاءَ فِي الحَدِيثِ، فِي الَّذِي أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ، عِنْدَ مَوْتِهِ، وَلا مَالَ لَهُ غيرهُم، حَاشى المُغِيرَةَ المخزوميَّ، فَإِنَّهُ قَالَ: لا يُعدَّى بِالقُرْعَةِ مَوْضِعها الَّتي جَاءَتْ فِيهِ.

وَسَنَذْكُرُ مَسْأَلَةَ السِّتَّةِ الأعْبُدِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ سَيِّدُهُمْ، عِنْدَ المَوْتِ وَلا مَالَ لَهُ غَيْرُهُم، فِي مَوْضِعِهِ مِنْ هَذَا الكِتَابِ، إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

قَالَ مَالِكٌ[١]: فِي رَجُلٍ دَبَّرَ غُلاماً لَهُ، فَهلَكَ السَّيِّدُ وَلا مَالَ لَهُ إلا العَبْدُ المُدَبَّرُ، وَلِلْعَبْدِ مَالٌ، قَالَ: يُعْتَقُ ثُلُثُ المُدَبَّرِ، وَيُوقَفُ مَالُهُ بِيَدَيْهِ.

قال أبو عمر: [إنَّما قَالَ ذَلِكَ؛ لأنَّ أَصْلَهُ فِي العَبْدِ، إنَّما يملكُ مَالهُ، مَا لَمْ يَنْتَزِعْهُ مِنْهُ سَيِّدُهُ، وَأَنَّ مَالَهُ تَبعٌ لَهُ عِنْدَ العتقِ وَالتَّدْبِيرِ، وَمعْلُومٌ أَنَّ فِي التَّدْبِيرِ شُعْبَةٌ مِنَ العتْقِ، فَكَذَلِكَ رَأى أَنْ يَكُونَ المُدَبَّرُ وَمَالُهُ مَعاً، فِي الثُّلثِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، والكُوفِيُّونَ، فَلا يَرَوْنَ أَنْ يَقومَ الثلثُ، إلا رَقَبَةَ المُدَبَّرِ دُونَ مَالِهِ؛ لأَنَّهُ لا مَالَ لَهُ عِنْدَهُم، وَمَا بِيَدِهِ مِنَ المَالِ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ فِي حَالِ التَّدْبِيرِ، وَفِي حِينِ العتْقِ، وَقَبْلَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: فِي مُدَبَّرٍ كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ فَمَاتَ السَّيِّدُ وَلَمْ يَتْرُكْ مَالاً غَيْرَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: يُعْتَقُ مِنْهُ ثُلُثُهُ، وَيُوضَعُ عَنْهُ ثُلُثُ كِتَابَتِهِ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ ثُلُثَاهَا.

---

(١) الموطأ، ص٨١٣.

قال أبو عمر: هَذا صَحِيحٌ فِي قَوْلِهِ، وَلا خِلافَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ العُلماءِ القَائِلينَ بِأنَّ المُكاتَبَ عَبْدٌ ما بَقِيَ عَلَيهِ شَيْءٌ مِنْ كِتَابَتِهِ].

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي رَجُلٍ أَعْتَقَ نِصفَ عَبْدٍ لَهُ وَهُوَ مَرِيضٌ، فَبَتَّ عِتْقَ نِصْفِهِ، أَوْ بَتَّ عِتْقَهُ كُلَّهُ، وَقَدْ كَانَ دَبَّرَ عَبْداً لَهُ آخَرَ قَبْلَ ذَلِكَ.

قَالَ: يُبَدَّأُ بِالْمُدَبَّرِ قَبْلَ الَّذِي أَعْتَقَهُ وَهُوَ مَرِيضٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَرُدَّ مَا دَبَّرَ، وَلا أَنْ يَتَعَقَّبَهُ بِأَمْرٍ يَرُدُّهُ بِهِ، فَإِذَا عَتَقَ الْمُدَبَّرُ، فَلْيَكُنْ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ فِي الَّذِي أَعْتَقَ شَطْرَهُ، حَتَّى يَسْتَتِمَّ عِتْقُهُ كُلُّهُ، فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ، فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ فَضْلَ الثُّلُثِ، عَتَقَ مِنْهُ مَا بَلَغَ فَضْلَ الثُّلُثِ، بَعْدَ عِتْقِ المُدَبَّرِ الأَوَّلِ.

قال أبو عمر: وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ، فِي ذَلِكَ، أَنَّ المُدَبَّرَ عِنْدَهُ، لا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهِ لِمُدَبِّرِهِ بِوَجْهٍ مِنَ الوُجُوهِ، فَإِذَا قصدَ إِلى عتقٍ بتل، قَدْ عَلَم أن ثلثَهُ يضِيقُ عَنْهُ، أو لَمْ يَعْلَمْ، فَضافَ الثُّلثُ عِندَ مَوْتِهِ عَنهُ، فَإِنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ مَنْ قصدَ إِلى إِبْطَالِ التَّدْبِيرِ؛ فَلِذَلِكَ قدمَ التَّدْبِيرَ عَلَيهِ، فإِذَا كَانَ كَذَلِكَ، لَمْ يَبْطلِ التَّدْبِيرُ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، وَغَيْرُهُ، فَإِنَّهم يَقُولُونَ: إِنَّ العتْقَ البتلَ، أولى مِنَ المُدَبَّرِ، وَهُوَ المُبَدَّى عَلَيهِ؛ لأَنَّهُ عتقٌ مُتيَقَّنٌ، لا يحلُّ رَدُّهُ.

وَالمُدَبَّرُ عِنْدَهُ، يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهِ؛ لأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالثُّلثِ، فَكَذَلِكَ بدىء الَّذِي بتل عتقهُ فِي المَرضِ.

وَسَنَذْكُرُ قَوْلَ الكُوفِيِّينَ، فِي بَابِ: مَا يُبَدَّأ مِنَ الوَصَايَا، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى.

٤ ـ باب مس الرجل وليدته إذا دبرها

١٥١٦ ـ مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ؛ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ دَبَّرَ جَارِيَتَيْنِ لَهُ، فَكَانَ يَطَؤُهُمَا وَهُمَا مُدَبَّرَتَانِ.

١٥١٧ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ؛ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَقُولُ: إِذَا دَبَّرَ الرَّجُلُ جَارِيَتَهُ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلا يَهَبَهَا، وَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا.

قال أبو عمر: قَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، مِثْلُ قَوْلِ ابْنِ عُمَرَ، وَعَلى هَذَا جُمْهُورُ العُلماءِ، مِنَ الحِجَازِ، وَالعِرَاقِ، وَفُقَهاءُ جَماعَةِ الأَمْصَارِ؛ مَالِكٌ، وَالثَّوْرِيُّ،

---

(١) انظر الحاشية السابقة.

١٥١٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤، من كتاب المدبر، باب ٤ (مس الرجل وليدته إذا دبرها)، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٣١٥.

١٥١٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥، من الكتاب والباب السابقين.

وَالحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ، وَاللَّيْثُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، [وَالشَّافِعِيُّ]، وَأَحْمَدُ، [وَإِسْحاقُ]، وَأَبُو ثَورٍ، وَدَاوُدُ، وَالطَّبَرِيُّ.

[وَكَانَ الزُّهرِيُّ] يَكْرهُ وَطْءَ المُدَبَّرَةِ، وَلا يُجِيزُهُ.

وَقالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: لا أَعْلَمُ أَحَداً كَرِهَ ذَلِكَ غَيْرَ الزُّهرِيِّ.

قال أبو عمر: أَظُنُّ الزُّهرِيَّ تَأَوَّلَ فِي ذَلِكَ ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ قَوْلَ ابْنِ عُمَرَ: «لا يَطَأُ الرَّجُلُ وَلِيدَةً إِلا وَلِيدَتَهُ، إِنْ شَاءَ بَاعَها، وَإِنْ شَاءَ وَهَبها، وَإِنْ شَاءَ صَنَعَ بِها مَا شَاءَ»، لَمْ يبلغْهُ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ، كَانَ يَطَأُ مُدَبَّرَتَهُ.

قَالَ الأَوْزَاعِيُّ: إِنْ كَانَ يَطَأُها قَبْلَ تَدْبِيرِهِ لَها، فَلا بَأْسَ أَنْ يَطَأَها بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ لا يَطَأُهَا قَبْلَ تَدْبِيرِهِ لَها فَأَكْرَهُ لَهُ وَطْأَهَا.

قال أبو عمر: مَنْ كَرِهَ وَطْءَ المُدَبَّرَةِ، شَبَّهَها بِالمُعْتَقَةِ إِلى أَجَلٍ آتٍ لا محالةَ، وَالمُعْتَقَةُ إِلى أَجَلٍ، قَاسَها الَّذِي كَرِهَ وَطْأَهَا عَلى نِكَاحِ المُتْعَةِ؛ لأَنَّهُ نِكَاحٌ إِلى أَجَلٍ، وَمَن أَجَازَ وَطْءَ المُدَبَّرَةِ، شَبَّهَها بِأُمِّ الوَلَدِ؛ لأَنهما لا يَقَعُ عتقُهما، إِلا بَعْدَ المَوْتِ.

٥ ـ باب بيع المدبر

١٥١٨ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْمُدَبَّرِ، أَنَّ صَاحِبَهُ لا يَبِيعُهُ، وَلا يُحَوِّلُهُ عَنْ مَوْضِعِهِ الَّذِي وَضَعَهُ فِيهِ، وَأَنَّهُ إِنْ رَهِقَ سَيِّدَهُ دَيْنٌ[(١)]، فَإِنَّ غُرَمَاءَهُ لا يَقْدِرُونَ عَلَى بَيْعِهِ، مَا عَاشَ سَيِّدُهُ، فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ وَلا دَيْنَ عَلَيْهِ فَهُوَ فِي ثُلُثِهِ؛ لأَنَّهُ اسْتَثْنَى عَلَيْهِ عَمَلَهُ مَا عَاشَ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْدُمَهُ حَيَاتَهُ، ثُمَّ يُعْتِقَهُ عَلَى وَرَثَتِهِ، إِذَا مَاتَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ.

قال أبو عمر: رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، أَنَّ المُدَبَّرَ لا يُبَاعُ.

وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ، وَالشعْبِيُّ، وَسَعِيد بْنُ المَسَيِّبِ، والزُّهرِيُّ، وَابْنُ سيرين.

وَروى حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ، عَنْ أَيُّوبَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّهُ كَرِهَ بَيْعَ المُدَبَّرِ.

وَقالَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ: حدَّثني أَبُو خَالِدٍ الأَحْمَرُ، وَحفصُ بْنُ غياثٍ، عَنِ الحجَّاجِ، عَنِ الحَسَنِ بْنِ حكيمٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، وَعَنِ الحجَّاجِ، عَنْ شُريحٍ قَالا: المُدَبَّرَةُ لا تُبَاعُ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُ، وَالثَّوْرِيُّ، وَالحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ، وَابْنُ أَبِي لَيْلى، وَابْنُ

١٥١٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٦، من كتاب المدبر، باب ٥ (بيع المدبر).

(١) رهق سيده، دين: أي غشي سيده دين.

شبْرمَةَ، وَجماعَةُ أهْلِ الكُوفَةِ: لا يُباعُ المُدَبَّرُ فِي دَيْنٍ، وَلا فِي غَيْرِ دَينٍ، فِي الحَيَاةِ، وَلا بَعْدَ المَمَاتِ، وَإِنْ بَاعَهُ سَيِّدُهُ فِي حَيَاتِهِ، فَالبَيْعُ مَفْسُوخٌ، أعْتَقَهُ المُشْتَرِي، [أوْ لَمْ يعْتِقْهُ]، فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ، خَرجَ حُرّاً مِنْ ثُلُثِهِ، وَإِنْ لَمْ يحملْهُ الثلثُ، أعْتقَ مِنْهُ مَا حملَ الثُلثُ، وَيسْعى فِي بَاقِي قِيمَتِها لِلْوَرثَةِ، إنْ لَمْ يُجِيزُوا، فِي قَوْلِ أبِي حَنِيفَةَ وَأصْحَابِهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ: يَجُوزُ بَيْعُ المُدبَّرِ، فَإِنْ بَاعَهُ سَيِّدُهُ، وَأعْتَقَهُ المُشْتَرِي فَالعتْقُ جَائِزٌ، وَينتقضُ التَّدْبيرُ.

[وَقالَ مَالِكٌ: لا يَجُوزُ بَيْعُ المُدبَّرِ، فَإِنْ بَاعَهُ سَيِّدُهُ وَأعْتَقَهُ]، فَالوَلاءُ لِلْمعْتقِ، وَلا شَيْءَ لَهُ عَلى البَائعِ، وَلَو كَانَتْ أمةً، فَوَطِئَها، وَحَمَلَت مِنْهُ، صَارَتْ أمَّ وَلَدٍ، وَبطلَ التَّدْبيرُ.

وَقالَ الأوْزَاعِيُّ: لا يُباعُ المُدبَّرُ إلا نَفسهُ، أو مِنْ رَجُلٍ يعجلُ عتْقهُ، وَوَلاؤُهُ لِمَنِ اشْتَرَاهُ، مَا دَامَ الأوَّلُ حَيّاً، فَإِذَا مَاتَ المولى، رَجعَ الوَلاءُ إِلى وَرَثَتِهِ.

وَقالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ أكْرَهُ بَيْعَ المُدبَّرِ، فَإِنْ بَاعَهُ، فَأعْتَقَهُ المُشْتَرِي، جَازَ عتْقُهُ، وَوَلاؤُهُ لِمَنْ أعْتَقَهُ.

وَقالَ عُثْمانُ البتيُّ، والشَّافِعِيُّ: بَيْعُ المُدبَّرِ جَائِزٌ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ، فِي كِتَابِ البُوَيْطِيِّ: وَيَجُوزُ بَيْعُ المُدبَّرِ، كَانَ لِصَاحِبِهِ مَالٌ غَيْرُهُ، أو لَمْ يَكُنْ، وكانَ عَلَيهِ دَيْنٌ، أو لَمْ يَكُنْ، وَاحْتَاجَ أو لَمْ يَحْتَجْ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ، بَاعَ مُدَبَّراً.

وَفِي الحَدِيثِ، أنَّهُ لا مَالَ لِصَاحِبِهِ غَيْرُهُ، وَقَدْ يَكُونُ لا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، وَلا يحْتاجُ لِقوتِهِ وَكَسْبِهِ، وَلِوُجُوهِ غَيرِ ذَلِكَ، وَمَنْ حَلَّ لَهُ بَيْعُ شَيْءٍ فِي الحَاجَةِ، حَلَّ لَهُ فِي غِنَاهُ، وَالمُدَبَّرُ وَصِيَّةٌ.

وَقالَ المزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ: أخْبَرَنا سُفْيانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينارٍ، وَعَنْ أبِي الزُّبيرِ سَمِعَا جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ، يَقُولُ: دَبَّرَ رَجُلٌ مِنَّا غُلاماً لَهُ، لَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «مَنْ يَشْتَرِيهِ؟» فَاشْتَرَاهُ نعيمُ بْنُ النحامِ[1].

قالَ [عَمْرٌو]: سَمِعْتُ جَابِراً يَقُولُ: عَبْدٌ قِبْطِيٌّ، مَاتَ عَامَ أوَّل، وفِي إِمارَةِ ابْنِ الزُّبَيْرِ، يُقالُ لَهُ: يعفورُ.

---

(١) أخرجه البخاري في الاستقراض وأداء الديون باب ١٦، والخصومات باب ٣، والكفارات باب ٧، والإكراه باب ٤، ومسلم في الأيمان حديث ٥٩، وأبو داود في العتاق باب ٩، والترمذي في البيوع باب ١١، والنسائي في الزكاة باب ٦٠، والبيوع باب ٨٤، وابن ماجه في العتق باب ١، وأحمد في المسند ٢/ ٩٧، ٣/ ٢٩٤، ٣٠٨، ٣٦٩، ٣٧١، ٣٩٣.

قالَ: وَباعَتْ عَائِشَةُ مُدَبَرَةً لَها سَحرَتْها[١].

قالَ: وَقالَ مُجاهِدٌ، وَطَاوُسٌ: المُدَبرُ وَصِيَّةٌ، يرْجعُ فِيهِ صَاحِبُهُ إنْ شَاءَ.

وَرَوى الشَّافعيُّ، وَغَيْرُهُ، عَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ القاسمِ بْنِ مُحمدٍ، قالَ: بَاعَتْ عَائِشَةُ، جَارِيَةً لَها، كَانَتْ دَبَّرَتْها، سَحَرَتْها، وَأَمَرَتْ أَنْ يجعل ثَمَنها فِي مِثْلِها[٢].

وَعَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنْ ابْنِ أَبِي نجيحٍ، عَنْ مُجاهِدٍ، قَالَ: المُدَبَّرُ وَصِيَّةٌ، يرْجعُ فِيها صَاحِبُها مَتى شَاءَ.

قال أبو عمر: بِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ فِي بَيْعِ المُدَبَّرِ، يَقُولُ أَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَدَاوُدُ، وَهُوَ قَوْلُ عَمْرو بْنِ دِينارٍ، وَعَطاءٍ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَطاءٍ، أَنَّهُ لا يبيعُهُ، إلا أَنْ يحْتَاجَ.

قَالَ مَالِكٌ[٣]: وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدَبَّرِ، وَلا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ ثُلُثُهُ، وَكَانَ ثُلُثَاهُ لِوَرَثَتِهِ.

قال أبو عمر: هُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ الكُوفِيِّينَ، أَنَّ ثُلُثَهُ حُرٌّ، وَيَسْعى فِي قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ لِلْوَرَثَةِ، إلا أَنْ يَكُونُوا بَالغِينَ، لا يُجِيزُوا، وَالصَّوَابُ مَا قالَ مَالِكٌ وَمَنْ تَابَعَهُ؛ لأَنَّ المُدَبَّرَ فِي الثُّلُثِ، فِي قَوْلِهِمْ، وَقَوْلُ الجُمْهُورِ، إلا مَنْ شَذَّ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِهِ مَالٌ سِواهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِهِ، وَقَدْ ملكَ اللَّهُ الوَرَثَةَ ثُلُثَيْهِ بِالمِيرَاثِ، فَكَيْفَ يُحالُ بَيْنَهُم وَبَيْنَ مَا ملكَهُم اللَّهُ إِيَّاهُ بِغَيْرِ طِيبٍ مِنْ أَنْفُسِهِمْ بِذَلِكَ، وَيُحالُونَ عَلى سَعْي لا يُرِيدُونَهُ، وَلا يَدْرُونَ مَا يَحْصُلُونَ عَلَيهِ مِنْهُ.

قَالَ مَالِكٌ[٤]: فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدبَّرِ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُحِيطٌ بِالْمُدَّبرِ، بِيعَ فِي دَيْنِهِ؛ لأَنَّهُ إِنَّما يَعْتِقُ فِي الثُّلُثِ.

قَالَ: فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ لا يُحِيطُ إلا بِنِصْفِ الْعَبْدِ، بِيعَ نِصْفُهُ لِلدَّيْنِ، ثُمَّ عَتَقَ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ الدَّيْنِ.

قال أبو عمر: قَدْ بَيَّنَ مَالِكٌ، رَحِمَهُ اللَّهُ، وَجْهَ قَوْلِهِ وَمَعْنَاهُ، وَذَلِكَ أَنَّ المُدَبَّرَ فِي الثُّلُثِ، وَكُلَّ مَا كَانَ فِي الثُّلُثِ، فَهُوَ يَجْرِي مجْرى الوَصَايَا.

وَقَدْ أَجْمَعَ عُلماءُ المُسْلِمِينَ، عَلى أَنَّ الدَّيْنَ قَبْلَ الوَصِيَّةِ، وَقَبْلَ المِيرَاثِ، وَأَنَّ

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٦/ ٤٠.
(٢) انظر الحاشية السابقة.
(٣) الموطأ، ص٨١٤.
(٤) انظر الحاشية السابقة.

الوَصِيَّةَ لا يتعدَّى بِها الثُّلثَ؛ فلِهَذا قالَ: إنَّ المُدبَّرَ يُباعُ كُلُّهُ فِي الدَّيْنِ، إنْ كَانَ الدَّيْنُ يُحِيطُ بِهِ، أو يُباعُ بَعْضُهُ عَلى قَدْرِ الدَّيْنِ، وَمَا بَقِيَ، فَهُوَ فِي المِيراثِ؛ تنفذُ الوَصِيَّةُ فِي ثُلُثِهِ، قَلَّ أو كَثُرَ، وَثُلُثَاهُ لِلْوَرَثَةِ.

وَمِنْ أصْلِهِ، أنَّ مَنْ كَانَ عَلَيهِ دَيْنٌ، لَمْ يَجزْ لَهُ عتقٌ وَلا تَدْبِيرٌ، وَيردُّ عتقُهُ وَتَدْبِيرُهُ؛ لأنَّ الدَّيْنَ أداؤُهُ فَرْضٌ، وَالعتقُ تَطَوُّعٌ.

وَأمَّا الكُوفِيُّونَ، وَأبُو حَنِيفَةَ وَأصْحَابُهُ، وَالحَسَنُ بْنُ حُيّ، وَهُوَ قَوْلُ الأوْزَاعِيِّ، يَقُولُونَ: إذَا كَانَ الدَّيْنُ عَلى سَيِّدِ المُدبَّرِ مِثْلَ قِيمَتِهِ أو أكْثَرَ، سَعى فِي قِيمَتِهِ، وَلا يُباعُ شَيْءٌ مِنْهُ فِي الدَّيْنِ.

وَمِنْ حُجَّتِهِمْ، أنَّ المُدبَّرَ، لَمَّا لَمْ يَجزْ بَيْعُهُ فِي الحَيَاةِ، مِنْ أجْلِ الحُرِّيَّةِ الَّتِي يَسْتَحِقُّها بِالمَوْتِ، كَانَ أوْلى ألا يُباعَ فِي الحَالِ الَّتِي يستحقُّ فِيها الحُرِّيَّةَ، وَهِيَ مَوْتُ سَيِّدِهِ.

وَأمَّا الشَّافِعِيُّ؛ فَالمُدبَّرُ عِنْدَهُ وَصِيَّةٌ يَبِيعُهُ سَيِّدُهُ فِي حَيَاتِهِ، إنْ شَاءَ، وَبَيْعُهُ لَهُ رُجُوعٌ فِيهِ كَما يرْجعُ فِي وَصِيَّتِهِ، وَيُباعُ فِي الدَّيْنِ، كَما يُباعُ فِي غَيْرِ المُدبَّرِ.

قال أبو عمر: وَلَو أعْتَقَ عَبْدَهُ فِي مَرَضِهِ عتقاً بتلاً، وَلا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، وَعَلَيهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِثَمَنِهِ، بِيعَ فِي الدَّيْنِ، وَلَمْ ينفذْ عتقُهُ.

وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَابْنِ أبي لَيلى، وَجَماعَةٍ مِنْهُم [أحْمَدُ]، وَدَاوُدُ.

وَقالَ أبُو حَنِيفَةَ وَأصْحَابُهُ: ينفذُ عتقُهُ، وَيَسْعى فِي قِيمَتِهِ.

وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ، وَابْنِ شبرمَةَ، وَعُثْمَانَ البتيِّ، وَعُبيدِ اللَّهِ، وَالحَسَنِ، وَسوارٍ، وَهُوَ قَوْلُ إبْرَاهِيمَ النخعيِّ.

قال أبو عمر: قَدْ بَيَّنَّا فَسَادَ هَذا القَوْلِ فِي مَا تَقَدَّمَ، فَلا مَعْنى لإعَادَتِهِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: لا يَجُوزُ بَيْعُ المُدبَّرِ، وَلا يَجُوزُ لأحَدٍ أنْ يَشْتَرِيَهُ، إلا أنْ يَشْتَرِيَ المُدبَّرُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ جَائِزاً لَهُ أوْ يُعْطِيَ أحَدٌ سَيِّدَ المُدبَّرِ مَالاً، وَيُعْتِقُهُ سَيِّدُهُ الَّذِي دَبَّرَهُ، فَذَلِكَ يَجُوزُ لَهُ أيْضاً.

قَالَ مَالِكٌ: وَوَلاؤُهُ لِسَيِّدِهِ الَّذِي دَبَّرَهُ.

قال أبو عمر: لا يَخْتَلِفُونَ فِيمَا عَلِمْتُ، أنَّهُ يَشْتَرِي المُدبَّرُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ؛ لأنَّهُ يُعْتِقُهُ عَلى مَالٍ يَأْخُذُهُ مِنْهُ، وَعَلى غَيْرِ مَالٍ.

---

(١) الموطأ، ص٨١٥.

وَأمَّا قَوْلُهُ: أو يُعْطِي أحَدٌ سَيِّدَه مَالاً فَيُعْتِقُهُ، فَقَدْ كَرِهَ قَوْمٌ أنْ يأْخُذَ مِنْ أحَدٍ مَالاً؛ لِيعْتقَ مُدَبَّرَهُ، وَيَكُونُ الوَلاءُ لَهُ.

وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِهِ ﷺ: «الوَلاءُ لِمَنْ أعْطى الثَّمَنَ»(١).

قَالَ مَالِكٌ(٢): لا يَجُوزُ بَيْعُ خِدْمَةِ الْمُدبَّرِ؛ لأنَّهُ غَرَرٌ، إذْ لا يُدْرَى كَمْ يَعِيشُ سَيِّدُهُ؟ فَذَلِكَ غَرَرٌ لا يَصْلُحُ.

قال أبو عمر: هَذا أيضاً مَا لا خِلافَ فِيهِ أنَّهُ لا يَجُوزُ؛ لأنَّهُ مِنْ بُيُوعِ الغَرَرِ، كَما أنَّهُ لا خِلافَ أنَّ السَّيِّدَ المُدبَّر يُؤاجِرُهُ أيَّاماً مَعْلُومَةً، أو مُدَّةً يَجُوزُ فِي مِثْلِها اسْتِئجارِ الحُرِّ وَالعَبْدِ.

وَقَالَ مَالِكٌ(٣): فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيُدَبِّرُ أحَدُهُمَا حِصَّتَهُ: إنَّهُمَا يَتَقَاوَمَانِهِ، فَإنِ اشْتَرَاهُ الَّذِي دَبَّرَهُ، كَانَ مُدَبَّراً كُلَّهُ، وَإنْ لَمْ يَشْتَرِهِ، انْتَقَضَ تَدْبِيرُهُ، إلا أنْ يَشَاءَ الَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيهِ الرِّقُ، أنْ يُعْطِيَهُ شَرِيكَهُ الَّذِي دَبَّرَهُ بِقِيمَتِهِ، فَإنْ أعْطَاهُ إيَّاهُ بِقِيمَتِهِ، لَزِمَهُ ذَلِكَ، وَكَانَ مُدَبَّراً كُلَّهُ.

قال أبو عمر: أمَّا اخْتِلافُ الفُقَهاءِ فِي هَذِهِ المَسْألَةِ، فَإنَّ الشَّافِعِيَّ لا بَأْسَ عِنْدَهُ أنْ يُدَبِّرَ الرَّجُلُ حِصَّتَهُ مِنْ عَبْدٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ، كَما لَهُ أنْ يُوصِيَ بِذَلِكَ، وَالمُدَبَّرُ عِنْدَهُ وَالعَبْدُ غَيْرُ المُدبَّرِ سَوَاءٌ، وَيَبْقَى نَصِيبُ الَّذِي دَبَّر مُدَبَّراً، وَنَصِيبُ الَّذِي لَمْ يُدَبِّرْ عَلى حَالِهِ، فَإنْ مَاتَ الَّذِي دَبَّرَ نِصْفَهُ أعْتَقَ نِصْفَهُ، وَلَمْ يُقَوَّمْ النِّصْفُ الثَّانِي؛ لأنَّ المَالَ قَدْ صَارَ إلى الوَرَثَةِ.

وَقَدْ ألْزَمَ الشَّافِعِيُّ مَالِكاً فِي هَذِهِ المَسْألَةِ بَيْعَ المُدبَّرِ، وَزَعَمَ أنَّهُ قَدْ نَقَضَ فِيها قَوْلَهُ: «لا يُبَاعُ المُدَبَّرُ بِإجازتِهِ المُقاومة فِيهِ؛ لأنَّهُ إذَا وَقَعَ فِي مِلْكِ الَّذِي لَمْ يُدَبِّرْ انْتقَضَ التَّدْبيرُ، وَصَارَ بَيْعاً لما كَانَ دَبَّرَ مِنْهُ».

وَأمَّا أبُو حَنِيفَةَ فَيقُولُ: إذَا دَبَّرَ أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي عَبْدٍ حِصَّتَهُ فَإنَّ لِشَرِيكِهِ فِي ذَلِكَ خَمْسَ خِيَارَاتٍ إنْ شَاءَ أمْسَكَ بِحِصَّتِهِ، وَإنْ شَاءَ اسْتَسْعى العَبْدُ فِي قِيمةِ الحِصَّةِ الَّتِي لَهُ فِيها، وَإنْ شَاءَ قَوَّمَها عَلى شَرِيكِهِ، كَانَ مُوسِراً، أو مُعْسِراً.

وَقَالَ فِي المُوسِرِ: إنْ شَاءَ ضَمِنهُ، وَإنْ شَاءَ اسْتسعى العَبْدُ، وَإنْ كَانَ مُعْسِراً سَعى العَبْدُ وَلَمْ يَرْجِعْ عَلى العتقِ.

وَقَالَ أبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ، فِي مُدَبَّرٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، يعْتقُهُ أحَدُهُما: إذا كَانَ

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٣٠.
(٢) الموطأ، ص٨١٥.
(٣) الموطأ، ص٨١٥.

المُعْتِقُ مُوسِراً، فَشَرِيكُهُ بِالخِيارِ، إنْ شَاءَ أعْتَقَ، وَإنْ شَاءَ، ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُدَبَّراً، وَإنْ شَاءَ اسْتَسعى، وَالوَلاءُ بَيْنَهُما نِصْفانِ.

وَقالَ مَالِكٌ: يُقَوَّمُ عَلى الَّذِي أعْتَقَ قِيمَةُ عَبْدٍ، وَيَنْفَسِخُ التَّدبِيرُ.

وَقالَ اللَّيْثُ: لا يضمنُ المُعْتِقُ، وَنَصيبُ الآخرِ عَلى مِلْكِهِ، يخْدمُ المُدَبَّرُ؛ لِلشَّرِيكِ يَوْماً، وَلِنَفْسِهِ يَوْماً، وَإنْ مَاتَ العَبْدُ، وَرِثَهُ الَّذِي لَهُ فِيهِ الرِّقُّ.

وَقالَ اللَّيْثُ، فِي عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، دَبَّرَهُ أحَدُهما، [قَالَ: يُقَوَّمُ عَلَيهِ]، وَيدفعُ إلى صَاحِبِهِ نِصْفَ قِيمَتِهِ، وَيَكُونُ مُدبَّراً كُلَّهُ، فَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، سعَى فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ، حَتَّى يُؤَدِّيها إلى صَاحِبِهِ، فَإذَا أدَّاها، رَجعَ إلى الَّذِي دَبَّر نِصْفَهُ، فكانَ مُدبَّراً كُلَّهُ، [فَإنْ مَاتَ العَبْدُ] فِي حَالِ سعَايَتِهِ، وَتركَ مَالاً، دفعَ إلى الَّذِي دَبَّرَ [نِصفَهُ، فَكانَ الَّذِي لَمْ يُدبِّرْ مَا بَقِيَ عَلَيهِ] مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ، ثُمَّ كَانَ مَا بَقِيَ لِلَّذِي دَبَّرَهُ.

وَاخْتَلَفُوا فِي العَبْدِ بيْنَ الرَّجُلَيْنِ، دَبَّرَ أحَدُهُما نَصِيبَهُ، وَأعْتَقَ الآخَرُ.

فَقالَ مَالِكٌ: يُقَوَّمُ عَلى الَّذِي أعْتَقَهُ، وَهُوَ أحَبُّ إلَيَّ.

وَقالَ الشَّافعيُّ: إنْ كَانَ الَّذِي أعْتَقَ مُوسِراً، فَالعَبْدُ حُرٌّ كُلُّهُ، وَعَلَيهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ لِلَّذِي دبَّرَهُ، وَلَهُ وَلاؤُهُ، وَإنْ كَانَ مُعْسراً، فَنَصِيبُهُ مِنْهُ حُرٌّ، وَنَصِيبُ شَرِيكِهِ مُدَبَّرٌ.

وَقالَ ابْنُ أبي لَيلى: إنْ كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِراً، سَعى العَبْدُ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ الَّذِي دَبَّرَ، وَيرْجعُ بِذَلِكَ عَلى المُعتقِ، يَتْبعُهُ بِهِ دَيْناً، وَالوَلاءُ كُلُّهُ لَهُ [وَإنْ كَانَ مُوسِراً، ضَمنَ نِصْفَ القِيمَةِ، وَبطلَ التَّدْبِيرُ، وَأعْتقَ كلّهُ عَلى المُعتقِ].

وَقالَ أبُو حَنِيفَةَ: إنْ شَاءَ الَّذِي دَبَّرَ، ضَمنَ نِصْفَ القِيمَةِ، وَإنْ شَاءَ اسْتَسْعى العَبد، وَإنْ شَاءَ أعْتَقَ.

هَذا إذا كَانَ المُعْتِقُ مُوسِراً، [وَإنْ كَانَ مُعسراً، اسْتسعى العَبد إنْ شَاءَ، فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ، وَإنْ شَاءَ أعْتَقَ.

وَقالَ أبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ: إذَا دَبَّرَ، ثُمَّ أعْتَقَ شَرِيكُهُ، كَانَ عتْقُهُ بَاطِلاً، وَضمنَ الَّذِي دَبَّرَ نِصْفَ قِيمَتِهِ، مُوسِراً كَانَ أو مُعْسِراً، كَانَ مُدَبَّراً كُلَّهُ].

وَقَالَ مَالِكٌ[1]: فِي رَجُلٍ نَصْرَانِيٍّ دَبَّرَ عَبْداً لَهُ نَصْرَانِياً، فَأسْلَمَ العَبْدُ.

---

(١) الموطأ، ص٨١٥.

قَالَ مَالِكٌ: يحالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَبْدِ، وَيُخَارَجُ عَلى سَيِّدِهِ النَّصْرَانِيِّ، وَلا يُبَاعُ عَلَيْهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ، فَإِنْ هَلَكَ النَّصْرَانِيُّ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، قُضِيَ دَيْنُهُ مِنْ ثَمَنِ الْمُدَبَّرِ، إِلا أَنْ يَكُونَ فِي مَالِهِ مَا يَحْمِلُ الدَّيْنَ، فَيَعْتِقُ الْمُدَبَّرُ.

قال أبو عمر: لِلشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ قَوْلانِ: **أحدُهما**: كَقَوْلِ مَالِكٍ.

والآخرُ: يُبَاعُ عَلَيهِ سَاعَةَ أَسْلَمَ.

وَاخْتَارَهُ المُزنيُّ؛ لأَنَّ المُدَبَّرَ وَصِيَّةٌ، وَلا يَجوزُ تَرْكُ مُسلِمٍ فِي مِلْكِ مُشْرِكٍ يذلُّهُ، وَقَدْ صَارَ بِالإِسْلام عَدُوّاً لَهُ.

وَقالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ: يُبَاعُ عَلى النَّصْرَانِيِّ [مِنْ مُسْلِمٍ، يعتقُهُ، وَيكُونُ وَلاؤُهُ لِلَّذي اشْتَرَاهُ وأَعْتَقَهُ]، ويَدْفعُ إِلى النَّصْرَانِيِّ ثَمَنَهُ.

وَقالَ سُفْيانُ، وَالكُوفِيُّونَ: إِذَا أَسْلَمَ النَّصْرَانِيُّ، قوّم قِيمته، فَسعى فِي قِيمَتِهِ، فَإِنْ مَاتَ النَّصْرَانيُّ قَبْلَ أنْ يفرغَ المُدَبَّرُ مِنْ سعايَتِهِ، عَتقَ العَبْدُ، وَبَطَلتِ السّعَايَةُ.

٦ ـ باب جراح المدبر

١٥١٩ ـ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَضَى فِي الْمُدَبَّرِ إِذَا جَرَحَ، أَنَّ لِسَيِّدِهِ أَنْ يُسَلِّمَ مَا يَمْلِكُ مِنْهُ إِلَى الْمَجْرُوحِ، فَيَخْتَدِمُهُ الْمَجْرُوحُ، وَيُقَاصُّهُ بِجِرَاحِهِ مِنْ دِيَةِ جَرْحِهِ، فَإِنْ أَدَّى قَبْلَ أَنْ يَهْلِكَ سَيِّدُهُ، رَجَعَ إِلَى سَيِّدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمُدَبَّرِ إِذَا جَرَحَ، ثُمَّ هَلَكَ سَيِّدُهُ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ، أَنَّهُ يُعْتَقُ ثُلُثُهُ، ثُمَّ يُقْسَمُ عَقْلُ الْجَرْحِ أَثْلاثاً، فَيَكُونُ ثُلُثُ الْعَقْلِ عَلَى الثُّلُثِ الَّذِي عَتَقَ مِنْهُ، ويَكُونُ ثُلُثَاهُ عَلَى الثُّلُثَيْنِ اللَّذَيْنِ بِأَيْدِي الْوَرَثَةِ، إِنْ شَاؤوا أَسْلَمُوا الَّذِي لَهُمْ مِنْهُ إِلَى صَاحِبِ الْجَرْحِ، وَإِنْ شَاؤوا أَعْطَوْهُ ثُلُثَي الْعَقْلِ، وَأَمْسَكُوا نَصِيبَهُمْ مِنَ الْعَبْدِ، وَذَلِكَ أَنَّ عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ، إِنَّمَا كَانَتْ جِنَايَتُهُ مِنَ الْعَبْدِ، وَلَمْ تَكُنْ دَيْناً عَلَى السَّيِّدِ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ الَّذِي أَحْدَثَ الْعَبْدُ، بِالَّذِي يُبْطِلُ مَا صَنَعَ السَّيِّدُ مِنْ عِتْقِهِ وَتَدْبِيرِهِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ، مَعَ جِنَايَةِ الْعَبْدِ، بِيعَ مِنَ الْمُدَبَّرِ بِقَدْرِ عَقْلِ الْجَرْحِ، وَقَدْرِ الدَّيْنِ، ثُمَّ يُبْدَأُ بِالْعَقْلِ الَّذِي كَانَ فِي جِنَايَةِ الْعَبْدِ، فَيُقْضَى مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ، ثُمَّ يُقْضَى دَيْنُ سَيِّدِهِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنَ الْعَبْدِ، فَيَعْتِقُ ثُلُثُهُ، وَيَبْقَى ثُلُثَاهُ لِلْوَرَثَةِ، وَذَلِكَ أَنَّ جِنَايَةَ الْعَبْدِ هِيَ أَوْلَى مِنْ دَيْنِ سَيِّدِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا هَلَكَ، وَتَرَكَ عَبْداً مُدَبَّراً، قِيمَتُهُ خَمْسُونَ وَمِائَةُ دِينَارٍ، وَكَانَ الْعَبْدُ قَدْ شَجَّ رَجُلاً حُرّاً

١٥١٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٧، من كتاب المدبر، باب ٦ (جراح المدبر).

مُوضِحةً[١]، عَقْلُهَا خَمْسُونَ دِيناراً، وَكَانَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسُونَ دِيناراً.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنَّهُ يُبْدأُ بِالْخَمْسِينَ دِيناراً، الَّتِي فِي عَقْلِ الشَّجَّةِ، فَتُقْضَى مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ، ثُمَّ يُقْضَى دَيْنُ سَيِّدِهِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ، فَيَعْتِقُ ثُلُثُهُ، وَيَبْقَى ثُلُثَاهُ لِلْوَرَثَةِ، فَالْعَقْلُ أَوْجَبُ[٢] فِي رَقَبَتِهِ مِنْ دَيْنِ سَيِّدِهِ وَدَيْنِ سَيِّدِهِ أَوْجَبُ مِنَ التَّدْبِيرِ الَّذِي إِنَّمَا هُوَ وَصِيَّةٌ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ، فَلا يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ شَيْءٌ مِنَ التَّدْبِيرِ، وَعَلى سَيِّدِ الْمُدَبَّرِ دَيْنٌ لَمْ يُقْضَ، وَإِنَّمَا هُوَ وَصِيَّةٌ وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾. قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ كَانَ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ مَا يَعْتِقُ فِيهِ الْمُدَبَّرُ كُلُّهُ، عَتَقَ، وَكَانَ عَقْلُ جِنَايَتِهِ دَيْناً عَلَيْهِ، يُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْعَقْلُ الدِّيَةَ كَامِلَةً، وَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهِ دَيْنٌ.

وَقَالَ مَالِكٌ: فِي الْمُدَبَّرِ إِذَا جَرَحَ رَجُلاً فَأَسْلَمَهُ سَيِّدُهُ إِلَى الْمَجْرُوحِ، ثُمَّ هَلَكَ سَيِّدُهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، وَلَمْ يَتْرُكْ مَالاً غَيْرَهُ، فَقَالَ الْوَرَثَةُ: نَحْنُ نُسَلِّمُهُ إِلَى صَاحِبِ الْجُرْحِ، وَقَالَ صَاحِبُ الدَّيْنِ: أَنَا أَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ: إِنَّهُ إِذَا زَادَ الْغَرِيمُ شَيْئاً فَهُوَ أَوْلَى بِهِ، وَيُحَطُّ عَنِ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ، قَدْرُ مَا زَادَ الْغَرِيمُ عَلَى دِيَةِ الْجَرْحِ، فَإِنْ لَمْ يَزِدْ شَيْئاً، لَمْ يَأْخُذِ الْعَبْدَ.

وَقَالَ مَالِكٌ: فِي الْمُدَبَّرِ إِذَا جَرَحَ وَلَهُ مَالٌ، فَأَبَى سَيِّدُهُ أَنْ يَفْتَدِيَهُ، فَإِنَّ الْمَجْرُوحَ يَأْخُذُ مَالَ الْمُدَبَّرِ فِي دِيَةِ جُرْحِهِ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ وَفَاءٌ، اسْتَوْفَى الْمَجْرُوحُ دِيَةَ جُرْحِهِ، وَرَدَّ الْمُدَبَّرَ إِلَى سَيِّدِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ وَفَاءٌ اقْتَضَاهُ[٣] مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ، وَاسْتَعْمَلَ الْمُدَبَّر بِمَا بَقِيَ لَهُ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ.

قال أبو عمر: قَدِ احْتَجَّ مَالِكٌ، فِي هَذَا البَابِ، وَأَوْضَحَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ؛ فَالزِّيَادَةُ فِيهِ تَكَلُّفٌ.

وَأَمَّا اخْتِلافُ الفُقَهاءِ فِي جراحِ المُدَبَّرِ؛ فَجُمْلَةُ قَوْلِ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ: إِذَا جَنَى المُدَبَّرُ، أَسْلَمَ السَّيِّدُ خِدْمَتَهُ إِنْ شَاءَ، وَإِنْ شَاءَ فَدَاهُ، فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ، خَرَجَ حُرّاً مِنْ ثُلثِهِ، وَأَتْبَعَهُ الجَانِي بِما جَنى.

وَسَنَذْكُرُ قَوْلَهُ فِي جِنَايَةِ أُمِّ الوَلَدِ، فِي البَابِ، بَعْدَ هَذا، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعالى.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ، فَالمُدَبَّرُ عِنْدَهُ، وَأُمُّ الوَلَدِ سَوَاءٌ، لا سَبِيلَ إِلَى إِسْلام وَاحِدٍ

---

(١) موضحة: قال ابن الأثير الجزري في النهاية في غريب الحديث: الموضحة هي التي تبدي وَضح العظم، أي بياضه، والجمع المواضح.

(٢) العقل أوجب: أي أحق.

(٣) اقتضاه: أي أخذه.

مِنهُما، وَعَلى السَّيِّدِ أَقَلُّ مِنْ أَرْشِ الجِنايَةِ، أو قِيمَةُ الرَّقَبَةِ، فَإِنْ جَنى بَعْدَ ذَلِكَ أو أَحَدُهُما، فَالمَجْنِيُّ عَلَيهِ شَرِيكُ الأَوَّلِ.

وَقالَ زُفَرُ: المَجْنِيُّ عَلَيهِ بِالخِيارِ، إِنْ شاءَ اسْتَسْعى المُدَبَّرُ بَقِيَّةَ جِنايَتِهِ، وَإِنْ شاءَ أتبعَ سَيِّدَهُ.

وَقالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ: يستسعى المُدَبَّرُ فِي جِنايَتِهِ، وَلا شَيْءَ عَلى المولى.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَالمُدبَّرُ عِنْدَهُ لِسَيِّدِهِ عَبْدٌ، لَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ، وَلَهُ إِسْلامُهُ بِجِنايَتِهِ، وَفِداؤُهُ كَسائِرِ العَبِيدِ.

وَأَمَّا إِسْلامُ المُدبَّرِ، فَهُوَ إِسْلامُ خِدْمَتِهِ إِلى المجْروحِ؛ لِيَسْتَوفِيَ مِنْها مِقْدارَ دِيَةِ جرْحِهِ، ثُمَّ يعتق مِنَ المُدبَّرِ ثُلُثُهُ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِهِ مَالٌ غَيْرُهُ.

هَذا إِذا لَمْ يَكُنْ عَلَيهِ [دَيْنٌ]، فَإِنْ كَانَ عَلَيهِ دَيْنٌ، وَأَرادَ الغُرماءُ الزِّيادَةَ عَلى دِيَةِ الجَرْحِ، فَهِيَ مِنْ حُقُوقِهِمْ؛ لأَنَّهُم يدْفعُونَ إِلى المجْروحِ مِنْ قبلِ أَنْفُسِهِمْ دِيَةَ الجَرْحِ، وَيَأْخُذُونَ المُدَبَّرَ لأَنْفُسِهِمْ، فَيَسْتَوْفُونَ مِنْ خِدْمَتِهِ مِقْدارَ مَا أَدُّوهُ إِلى صَاحِبِ الجرحِ؛ [لأَنَّ ذَلِكَ يَنحطُّ مِنْ دَيْنِ صَاحِبِهِ، وَإِنَّما يقْضى لَهُمْ بِذَلِكَ عَلى المَجْرُوحِ، فَإِنَّهُ لا ضَرَرَ عَلى المجْرُوحِ] فِي ذَلِكَ، وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِلْعَبْدِ وَالوَرَثَةِ.

فَأَمَّا مَنْفَعَةُ العَبْدِ، فَإِنَّهُ يأْخُذُ مِنْ تِلْكَ الزِّيادَةِ الَّتِي زَادَها الغُرماءُ عَلى دِيَةِ الجرْحِ ثُلُثَها، وَتَكُونُ فِيهِ مِنَ الحُرِّيَّةِ بِقَدْرِ ذَلِكَ.

فَأَمَّا مَنْفَعَةُ الوَرَثَةِ، فَإِنَّهُ ينحطُّ مِنَ الدَّيْنِ عَنهُم بِمِقْدارِ تِلْكَ الزِّيادَةِ؛ لأَنَّهُ لا مِيرَاثَ إِلا بَعْدَ الدَّيْنِ.

فَهَذِهِ مَذاهِبُ أُصولِ هَؤُلاءِ الفُقَهاءِ [أَئِمَّةِ الفَتْوى] فِي جِنايَةِ المُدَبَّرِ.

وَكُلُّ مَا يفرغُ مِنْها، يسْهُلُ رَدُّهُ عَلَيْها بِفَضْلِ اللَّهِ وَعَوْنِهِ، وَباللَّهِ التَّوْفِيقُ، لا شَرِيكَ لَهُ.

٧ ـ باب ما جاء في جراح أم الولد

١٥٢٠ ـ قَال مَالِكٌ: فِي أُمِّ الْوَلَدِ تَجْرَحُ: إِنَّ عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ ضَامِنٌ[١] عَلَى سَيِّدِهَا فِي مَالِهِ، إِلا أَنْ يَكُونَ عَقْلُ ذَلِكَ الْجَرْحِ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ أُمِّ الْوَلَدِ، فَلَيْسَ عَلَى سَيِّدِهَا أَنْ يُخرِجَ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا، وَذَلِكَ أَنَّ رَبَّ الْعَبْدِ أَوِ الْوَلِيدَةِ، إِذَا أَسْلَمَ غُلامَهُ أَوْ

١٥٢٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ٨، من كتاب المدبر، باب ٧ (ما جاء في جراح أم الولد).

(١) ضامن: أي مضمون، كقولهم: سر كاتم أي مكتوم، وعيشة راضية، أي مرضية.

وَلِيدَتَهُ، بِجُرْحٍ أَصَابَهُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ كَثُرَ الْعَقْلُ، فَإِذَا لَمْ يَسْتَطِعْ سَيِّدُ أُمِّ الْوَلَدِ أن يُسَلِّمَهَا، لِمَا مَضَى فِي ذَلِكَ مِنَ السُّنَّةِ، فَإِنَّهُ إِذَا أَخْرَجَ قِيمَتَهَا فَكَأَنَّهُ أَسْلَمَهَا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ.

وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَ مِنْ جِنَايَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا.

قال أبو عمر: قَوْلُهُ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ، فِي مَا وَصفَ، دَلِيلٌ على أَنَّهُ قَدْ سَمعَ [الاختلاف] فِيهِ.

وَمِنَ الاخْتِلافِ فِي ذَلِكَ مَا رَوَاهُ أنس بْنُ الوَلِيدِ، عَنْ أَبِي يُوسُفَ، قَالَ: سَأَلْتُ رَبِيعَةَ بْنَ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمنِ، عَنْ أُمِّ وَلَدٍ، قَتَلَتْ رَجُلاً، قَالَ: يُقالُ لِمَوْلاهَا: أَدِّ دِيَةَ قَتِيلِها، فَإِنْ فعلَ ذَلِكَ، وإِلا أَعْتَقْتُهَا عَلَيهِ، وَجَعَلْتُ دِيَةَ قَتِيلِها على عَاقِلَتِها.

وَقالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، فِي جِنَايَةِ أُمِّ الوَلَدِ: يُخَيَّرُ المولى بَيْنَ أَنْ يُؤَدِّيَ عقلَ جِنَايَتِها بَيْنَهُ وَبَيْنَ قِيمَةِ رَقَبَتِها، وَإِنْ شَاءَ أَسْلَمَها؛ لِتَسْعى فِي قِيمَتِها، لَيْسَ على المولى غَيْرُ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ، وَأَصْحابُهُ: لَيْسَ إلى إِسْلام أُمِّ الوَلَدِ بِجِنَايَتِها سَبِيلٌ، وَعَلى السَّيِّدِ أَنْ يَفْدِيَهَا بِجِنَايَتِها، إِلا أَنْ تَكُونَ الجِنَايَةُ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ رَقَبَتِها، فَلَيْسَ عَلَيهِ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ رَقَبَتِها أمة، وَإِنَّما عَلَيهِ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ، أو أَرْشُ الجِنَايَةِ، فَإِنْ جَنَتْ بَعْدَ ذَلِكَ، كَانَ عَلَيهِ أَيْضاً إِخْرَاجُ قِيمَتِها مَرَّةً ثَانِيَةً، وَكَذَلِكَ ثَالِثَةً، وَرَابِعَةً، وَأَكْثَرَ.

وَبِهَذَا قَالَ المُغِيرةُ المَخْزُومِيُّ.

[وَرُوِيَ] عَنْ مَالِكٍ، أَنَّهُ لَيْسَ [عَلى سَيِّدِها] أَنْ يخرجَ عَلى قِيمَتِها، إِلا قِيمَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَبِهِ قَالَ ابْنُ القَاسِمِ.

وَكَذَلِكَ اخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِيها، عَلى هَذَيْنِ القَوْلَيْنِ.

ذَكَرَ المزنيُّ، عَنِ الشَّافِعِيِّ: إِنْ جَنَتْ أُمُّ الوَلَدِ، ضمنَ سَيِّدُها الأَقَلَّ مِنَ الأَرْشِ، أو القِيمَةِ، فَإِنْ جَنَتْ أُخْرى، فَفِيها قَوْلانِ:

أَحَدُهما: أَنَّ الثَّاني يُشَارِكُ الأَوَّلَ فِي تِلْكَ القِيمَةِ، ثُمَّ هَكَذَا كُلَّما جَنَتْ.

وَالقَوْلُ الثاني: أَنَّ المولى يغرمُ قِيمَةً أُخرى لِلثَّانِي، وَكَذَلِكَ كُلَّما جَنَتْ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ، فَأُمُّ الوَلَدِ عِنْدَهُ وَالمُدَبَّرُ، سَوَاءٌ، لا سَبِيلَ إِلى إِسْلام وَاحِدٍ مِنْهُما بِجِنَايَتِهِ، وَعَلى السَّيِّدِ الأَقَلُّ مِنْ أَرْشِ الجِنَايَةِ، أو قِيمَةُ الرَّقَبَةِ، فَإِنْ جَنَتَا بَعْدَ ذَلِكَ، فَالْمجنيُّ عَلَيهِ شَرِيكُ الأَوَّلِ.

وَقَالَ زُفَرُ، فِي أُمِّ الوَلَدِ: إِذَا جَنَتْ مَرَّةً بَعْدَ مَرَّةٍ، فَعلى السَّيِّدِ إِخْرَاجُ القِيمَةِ ثَانِيَةً، وَثَالِثَةً، وَلَو قَتَلَتْ رَجُلَيْنِ أو ثَلاثَةً خَطَأً، فَعلى المولى لِوَرَثَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم القِيمَةُ.

وَهُوَ قَوْلُ الحَسَنِ [بْنِ صَالِحِ] بْنِ حَيّ.

وَقَالَ أبُو يُوسُفَ: عَلَيهِ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ، يشْتَرِكُونَ فِيها.

وَقالَ الثَّوْرِيُّ، فِي المُدَبَّرِ، وَأُمِّ الوَلَدِ: عَلى المولى القِيمَةُ.

وَقالَ الأَوْزاعِيُّ: إِنْ جَنَتْ أُمُّ الوَلَدِ، فَعلى سَيِّدِها قِيمَتُها إِنْ بَلَغَتْها جِنَايَتُها.

٤١

كتاب الحدود

١ ـ باب ما جاء في الرجم

١٥٢١ ـ مَالكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، أَنَّهُ قَالَ: جَاءَتِ الْيَهُودُ إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرُوا لَهُ أَنَّ رَجُلاً مِنهُمْ وامْرأةً زَنَيا، فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَاةِ فِي شَأنِ الرَّجْمِ؟»(١) فَقَالُوا: نَفْضَحُهُمْ(٢) وَيُجْلَدُونَ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ ابْنُ سَلامٍ: كَذَبْتُمْ. إنَّ فِيها الرَّجمَ فأتوا بِالتَّوراةِ فَنَشَرُوها(٣)، فَوَضَعَ أَحَدُهُمْ يَدَهُ عَلَى آيَةِ الرَّجْمِ. ثُمَّ قَرأَ مَا قَبْلَها وَمَا بَعْدَهَا، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلاَمٍ: ارْفَعْ يَدَكَ، فَرَفَعَ يَدَهُ، فَإِذَا فِيها آيَةُ الرَّجْمِ. فَقَالوا: صَدَقَ يَا مُحَمَّدُ فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَأَمَرَ بِهِمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرُجِمَا.

فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: فَرَأَيْتُ الرَّجُل يَحْنِي عَلَى الْمَرأَةِ يَقِيها الحِجَارَةَ.

قَالَ مَالِكٌ: يعني يُحْني يُكِبُّ عَلَيْهَا حَتَّى تَقَعَ الحِجَارَةُ عَلَيْهِ.

قال أبو عمر: كَذَا رَوَاهُ يَحيى، عَنْ مَالِكٍ، يَحْني عَلى المَرأةِ. يُرِيدُ: يمِيلُ عَلَيْها، كَأنَّهُ مَأْخُوذٌ مِنْ حَنى الشَّيْخُ، إذا انْحنَى.

وَقَالَ أبو عُبيدٍ: كَذَا يَرْوِيهِ أَهْلُ الحَدِيثِ، وَإِنَّما هُوَ: يحنأُ مَهْمُوزٌ، يُقالُ مِنْهُ: حنأَ يحنأُ حناءً وحُنوءاً، إذا مَالَ، والمُنْحَنِيءُ، والانحِناءُ، حَنَأَ وَيَحْنأُ. بِمعْنَى وَاحِدٍ.

١٥٢١ ـ الحديث في الموطأ برقم ١، من كتاب الحدود، باب ١ (ما جاء في الرجم)، وقد أخرجه البخاري في الحدود باب ٣٧ (أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا ورفعوا إلى الإمام) حديث ٦٨٤١، ومسلم في الحدود، باب ٦ (رجم اليهود أهل الذمة في الزنى) حديث ٢٦، وأبو داود في الحدود حديث ٤٤٤٦، ٤٤٤٩ والترمذي في الحدود حديث ١٤٣٦، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٥٦، والدارمي في الحدود حديث ٢٣٢١، وأحمد في المسند ٢/ ٧، ٦٣، ٧٦.

(١) في شأن الرجم: أي في حكمه.

(٢) نفضحهم: أي نكشف مساويهم ونبينها للناس.

(٣) فنشروها: أي فتحوها وبسطوها.

قال أبو عمر: قَدْ رُوِيَ يحنىءُ، بالحَاءِ عَنْ طَائِفَةٍ مِنْ أَصْحابِ مَالِكٍ، والمَعْنى مُتقارِبٌ جِدّاً.

وَقَالَ أَيُّوبُ، عَنْ نَافعٍ: يُحانِيءُ عَنْها بِيَدِهِ.

وَقَالَ مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ سَالِمٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ: يُجَافِي بِيَدِهِ.

وَفِي هَذَا الحَدِيثِ جَوازُ سُؤَالِ أَهْلِ الكِتَابِ عَنْ كِتَابِهِمْ، وَفِي ذَلِكَ، دَلِيلٌ، عَلَى أَنَّ التَّوْرَاةَ صَحِيحَةٌ بِأَيْدِيهم؛ وَلَوْلَا ذَلِكَ مَا سَأَلَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنها.

وَفِي مَا ذَكَرْنَا دَلِيلٌ عَلى أَنَّ مَا كَانُوا يَكْتُبُونَهُ بِأَيْدِيهم، ثُمَّ يَقُولُونَ: هَذا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ، هِيَ كُتُبُ أَحْبَارِهِمْ وَرُهْبَانِهِمْ؛ كَانُوا يصْنَعُونَ لَهُم كُتُباً مِنْ آرائِهم، وَيضِيفُونَها إِلى اللَّهِ عزَّ وجلَّ، وَلِهَذَا، وَشِبْهِهِ مِنْ إِشْكالِ أَمْرِهِمْ نهينا عَنْ تَصْدِيقِ مَا حدَّثُونا بِهِ، وَعَنْ تَكْذِيبِهِ؛ حَذراً مِنْ أَنْ نُصَدِّقَ بِبَاطِلٍ، أَو نكذِّب بِحَقٍّ، وَقَدْ أَفْرَدْنا لِهَذَا المَعْنَى بَاباً فِي كِتَابِنا، كِتاب: بَيانِ العِلْمِ وَفَضْلِهِ.

وَفِي هَذا الحَدِيثِ أَيضاً دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ مِنَ اليَهُودِ قَوْماً يكْذبُونَ عَلَى تَوْراتِهِمْ، وَيَسْتُرُونَ مِنْها عَنِ المُسْلِمينَ مَا يَشهدُ لِلْمُسْلِمِينَ، وَيُوافِقُ دِينَهُم؛ لأَنَّهم ذَكَرُوا أَنَّ الزُّنَاةَ، مُحْصِنينَ كَانُوا، أَو غَيْرَ مُحْصِنينَ، لَيْسَ عَلَيْهم فِي التَّوْراةِ رَجْمٌ، وَكذبُوا، لأَنَّ فِيها عَلى مَنْ أَحْصنَ الرَّجْمَ.

وَفِيهِ أَنَّ أَهْلَ الكِتَابِ، إِذَا ارْتَفَعُوا إِلَيْنا مُتَحَاكِمِينَ، رَاضِينَ بِحُكْمِنا فِيهم، وَكَانَتْ شَرِيعَتُنا مُوافِقَةً فِي ذَلِكَ لِحُكْمِ شَرِيعَتِهم، جَازَ لَنا أَنْ نظهرَ عَلَيْهِم بِكِتَابِهِمْ حجَّةً عَلَيْهِمْ، وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الشَّرِيعَةُ فِي ذَلِكَ الحُكْمِ مُوافِقَةً لِحُكْمِهِم، حَكَمْنَا بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ تَعالى، فِي كِتَابِهِ القُرْآنِ، إِذَا تَحاكَمُوا إِلَيْنَا، وَرَضُوا بِحُكْمِنا. وَيتحمَّلُ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ خُصُوصاً لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَالإِجْمَاعُ عَلى أَنَّ ذَلِكَ، لَمْ يَعْمَلْ بِهِ أَحَدٌ بَعْدَهُ، وَلقَوْلِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ: ﴿أَوَلَمْ يَكْفِهِمْ أَنَّآ أَنزَلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ يُتْلَىٰ عَلَيْهِمْ﴾ [العنكبوت: ٥١] وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَاخْتَلَفَ العُلماءُ فِي الحُكْمِ بَيْنَهُمْ، إِذا تَرَافعُوا إِلَيْنَا، فِي صوماتهم وسائر مظالمهم وأحكامهم؛ هل علينا أن نحكم بينهم فرضاً واجباً؟ أَمْ نَحْنُ فِيهِ مُخَيَّرُونَ؟

فَقَالَ جَماعةٌ مِنْ فُقَهاءِ الحِجَازِ، وَالعِراقِ: إِنَّ الإِمَامَ، وَالحَاكِمَ يُخيَّرُ؛ إِنْ شَاءَ حَكَمَ بَيْنَهُم إِذا تَحاكَمُوا إِلَيْهِ بِحُكْمِ الإِسْلام، وَإِنْ شَاءَ أَعْرضَ عَنْهُمْ.

وَقَالُوا: إِنَّ هَذِهِ الآيةِ مُحْكمةٌ، لَمْ يَنْسخْها شَيء؛ قولهُ تَعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْـًٔا وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾ [المائدة: ٤٢].

وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ؛ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، أَحَد القَوْلَيْن.

وَهُوَ قَوْلُ عَطاءٍ، والشَّعبيِّ، والنَّخعيِّ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَن ابْنِ عَبَّاسٍ، مِنْ حَدِيثِ ابْنِ إِسْحاقَ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الحُصينِ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، فِي قَوْلِهِ تَعالَى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ...﴾ الآية [المائدة: ٤٢].

قَالَ: نَزلتْ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ، وَهِيَ مُحكمةٌ[1].

وَذَكرَ وَكِيعٌ، عَنْ سُفْيانَ، عَنْ مُغيرَةَ، عَنِ الشَّعْبيِّ، وَإِبْراهِيمَ: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ﴾ [المائدة: ٤٢].

قَالَ: إِنْ شَاءَ حَكَمَ، وَإِنْ لَمْ يَشَأْ لَمْ يَحْكُمْ.

وَرَوى عيسى عَنِ ابْنِ القاسمِ، قَالَ: إِنْ تَحاكَمَ أَهْلُ الذِّمَّةِ إِلى حَكمِ المُسْلِمِينَ، وَرَضِيَ الخصْمَانِ بِهِ جَمِيعاً، فَلا يحكمُ بَيْنَهُمْ إِلا بِرِضى مِنْ أَساقِفَتِهِم، فَإِنْ كَرِهَ ذَلِكَ أَسَاقِفَتُهم، فَلَا يحكم بَينهُم، وكَذَلِكَ إِنْ رَضِيَ الأَسَاقِفَةُ، وَلَمْ يَرْضَ الخصْمانِ، أَو أَحَدهما، لَمْ يحكم بينهم المسلمون.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعمرٍ، عَنِ الزُّهريِّ قَالَ: مَضَتِ السُّنَّةُ أَنْ يُرَدَّ أَهْلُ الذِّمَّةِ فِي حُقوقِهِمْ، وَمُعَامَلَاتِهِمْ، وَمَوارِيثِهم، إِلى أَهْلِ دِينِهم، إِلَّا أَنْ يَأْتُوا رَاغِبِينَ، فَيحْكمُ بَيْنَهُمْ حَاكِمُنَا بِكِتَابِ اللَّهِ عزَّ وَجلَّ: ﴿وَإِنۡ حَكَمۡتَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ﴾ [المائدة: ٤٢].

وَعَن الثَّوْرِيِّ، عَنْ قَابُوس بْنِ أبي ظبيانَ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: كَتَبَ مُحمدُ بْنُ أَبي بَكْرٍ، إِلى عَلِيٍّ، رَضي اللَّه عنه، يَسْأَلُهُ عَنْ مُسْلِمٍ زَنَى بِنَصْرانِيَّةٍ، فَكَتَبَ إِلَيهِ: أَقِمِ الحَدَّ عَلى المُسْلِمِ، وَرُدَّ النَّصْرانِيَّةَ إِلى أَهْلِ دِينِها.

وَقَالَ آخَرُونَ: وَاجِبٌ عَلى الحَاكِمِ أَنْ يحكمَ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ إِليهِ إِذا تَحاكَموا إِلَيهِ، وَزَعَمُوا أَنَّ قَوْلَهُ عزَّ وجلَّ: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ﴾ [المائدة: ٤٩] ناسِخٌ لِلتَّخْيِيرِ في الحُكْمِ بَيْنَهُمْ فِي الآيَةِ الَّتي قَبْلَ هذِهِ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، مِنْ حَدِيثِ سُفْيَانَ بْنِ حسينٍ، وَالحَكَمِ، عَنْ مُجاهِدٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

وَمِنْهُمْ مَنْ يَرْوِيهِ عَنْ سُفْيانَ بْنِ حُسين عَنِ الحَكَمِ، عَنْ مُجَاهِدٍ مِن قَوْلِهِ، وَهُوَ صَحِيحٌ عَنْ مُجَاهِدٍ، وَعِكْرِمَةَ.

---

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية باب ١٠، والحدود باب ٢٥، والديات باب ١، والنسائي في القسامة باب ٨، وأحمد في المسند ١/٢٤٦، ٣٦٣.

وَبِهِ قَالَ الزُّهريُّ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ، والسُّديُّ.

وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ.

وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ؛ قال: إِذا جاءَتِ المَرْأَةُ وَالزَّوْجُ، فَعَلَيهِ أَنْ يحكم بَيْنَهُما بِالعَدْلِ، وَإِنْ جاءَتِ المَرْأَةُ وَحْدَها، وَلَمْ يَرْضَ الزَّوْجُ، لَمْ يَحْكُمْ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ: بَلْ يَحْكُمُ.

وَكَذَلِكَ اخْتَلَفَ أَصْحابُ مَالِكٍ، عَلَى هَذَيْنِ القَوْلَيْنِ، إِذَا شَكَا أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ، وَأَبى صَاحِبُهُ مِنَ التَّحاكُم إِلَيْنا؛ فَمِنهُم مَنْ قَالَ: يَحْكُمُ؛ لأَنَّهُ مِنَ التَّظالُم الَّذي لم يَلْزَمْهُ أَنْ يَمْنَعَ مِنْه بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ.

وَمِنهُمْ مَنْ قَالَ: لا يحكمُ بَيْنَهُما، إِلَّا أَنْ يَرْضَيا جَميعاً بِحُكْمِهِ.

وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحابِهِ فِي الذِّمِّيِّ يَسْرِقُ الذِّمِّيَّةَ، وَيُرْفَعُ إِلى حَاكِم المُسْلِمِينَ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الحُكْمُ بَيْنَهُمَا بِالقَطْعِ لِلسَّارِقِ مِنهُما؛ لأَنَّ ذَلِكَ مِنَ الحِرابَةِ وَالفَسادِ، فَلا يقرُّونَ عَلَيهِ، وَلَا عَلى التَّلَصُّصِ.

وَقَالَ الشَّافعيُّ: لَيْسَ الحَاكِمُ بِالخِيارِ، فِي أَحَدٍ مِنَ المُعاهِدِينَ الَّذِينَ يَجْرِي عَلَيهِم حُكْمُ الإِسْلَامِ، إِذا جَاءَهُ فِي حَدٍّ للَّهِ عَزَّ وَجلَّ، وَعَليهِ أَنْ يُقيمَهُ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ: ﴿وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

وَاخْتَارَهُ المزنيُّ، وَقَالَ فِي كِتَابِ الحُدُودِ: لا يحدّونَ إِذَا جَاؤوا إِلَيْنَا فِي حَدِّ اللَّهِ تَعالى، وَيَرُدُّهم الحَاكِمُ إِلى أَهْلِ دِينِهِمْ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَمَا كَانُوا يدِينُونَ بِهِ، فَلا يحكمُ عَلَيهِمْ بِإِبْطَالِهِ، إِذَا لَمْ يَرْتَفِعُوا إِلَيْنا، وَلَا يُكفُّوا عَنْ مَا اسْتَحلُّوا، مَا لَمْ يَكُنْ ضَرَراً عَلَى مُسْلِمٍ، أَو مُعاهِدٍ، أَو مُسْتَأْمَنٍ.

قَالَ: وَإِنْ جَاءَتِ امْرأَةٌ تَسْتَعْدِي بِأَنَّ زَوَجها طَلَّقَها، أو آلى منها حُكْمُهُ حُكْمُ المُسْلِمِينَ.

قال أبو عمر: الصَّحِيحُ في النَّظَرِ ـ عِنْدِي ـ أَنْ لاَ يحكمُ بِنَسْخِ شَيءٍ مِنَ القُرْآنِ، إلا بِمَا قَامَ بِهِ الدَّلِيلُ، الَّذِي لا مدفعَ لَهُ، وَلاَ يحتملُ التَّأوِيلَ، وَلَيْسَ فِي قَوْلِهِ عزَّ وجلَّ: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] دَليلٌ عَلى أَنَّها نَاسِخَةٌ لِقَوْلِهِ عزَّ وجـلَّ: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْـًٔا ۖ وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ﴾ الآية [المائدة: ٤٢]؛ لأَنَّها تحتملُ مَعْناها أَنْ تَكُونَ:

وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ، إِنْ حَكَمْتَ، وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ، فَتَكُونُ الآيتانِ مُحْكَمَتَيْنِ، مُسْتَعْمَلَتَيْنِ، غَيْرَ مُتَدَافِعَتَيْنِ.

نَقِفُ عَلى هَذا الأَصْلِ فِي نَسْخِ القُرآنِ بَعضِهِ بِبَعْضٍ؛ لأَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِجْماعٍ لا تَنَازُعَ فِيهِ، أَو لِسُنَّةٍ لا مدفعَ لَها، أَو يَكُونُ التَّدَافُعُ فِي الآيتَيْنِ غَيْرَ مُمْكِنٍ فِيهِما اسْتِعْمالُهُما، وَلا اسْتِعْمَالُ أَحَدِهِما، أَنْ لا يدفعَ الأُخْرى، فَيعلَمُ أَنَّها نَاسِخَةٌ لَها، وَباللَّهِ التَّوْفِيقُ.

وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ أَيْضاً، فِي اليَهُودِيَّيْنِ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ، إِذَا زَنَيَا، هَلْ يُحَدَّانِ إِذَا رَفعَهُما حُكَّامُهُمْ إِلَيْنَا، أَمْ لا؟

فَقَالَ مَالِكٌ: إِذَا زَنَا أَهْلُ الذِّمَّةِ، أَوْ شَرِبُوا الخَمْرَ فَلَا يعرضُ لَهُمُ الإِمَامُ، إِلَّا أَنْ يُظْهِرُوا ذَلِكَ فِي دِيَارِ المُسْلِمِينَ، فَيُدْخِلُوا عَلَيْهِم الضَّرَرَ، فَيَمْنَعُهُمُ السُّلْطَانُ مِنَ الإِضْرَارِ بِالمُسْلِمِينَ.

قَال مَالِكٌ: وَإِنَّما رَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ اليَهُودِيَّيْنِ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِلْيَهُودِ يَوْمَئِذٍ - ذِمَّةٌ، وَتَحاكَمُوا إِلَيْهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ: يحدَّانِ إِذا زَنَيا، كَحَدِّ المُسْلِم.

وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ؛ قَالَ فِي كِتَابِ الحُدُودِ: إِنْ تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا فَلَنَا أَنْ نَحْكُمَ أَو نَدَعَ، فَإِنْ حَكَمْنَا حَدَدْنا المُحْصن بِالرَّجْم؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَجَمَ يَهُودِيَّيْنِ زَنَيا، وَجَلَدْنا البِكْرَ مائةً، وَغَرَّبْنَاهُ عَاماً.

وَقَالَ فِي كِتَابِ الجِزْيَةِ: لا خِيارَ للإِمَام، وَلا لِلْحَاكِم، إِذَا جَاءَهُ فِي حَدٍّ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ، وَعَلَيهِ أَنْ يُقِيمَهُ عَلَيهِمْ؛ فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] وَالصَّغَارُ: أَنْ يَجْرِي عَلَيهِم حُكْمُ الإِسْلاَم.

وَهَذا القَولُ، اخْتَارَهُ المزنيُّ، واخْتَارَ غَيْرُهُ منْ أَصْحاب الشَّافعيِّ، القَوْلَ الأَوَّلَ.

وَقَالَ الطَّحاويُّ، حِينَ ذُكِرَ قولُ مَالِكٍ: إِنَّمَا رَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ اليَهُودِيَّيْنِ؛ لأَنَّهُ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ ذِمَّةٌ، وَتَحاكَمُوا إِلَيهِ.

قَالَ: وَلَو لَمْ يَكُنْ وَاجِباً عَلَيْهِم، لَمَا أَقَامَهُ النَّبِيُّ ﷺ.

قَالَ: وَإِذَا كَانَ مَنْ لا ذِمَّةَ لَهُ، قَدْ حَدَّهُ النَّبِيُّ ﷺ فِي الزِّنى، فَمَنْ لَهُ ذِمَّةٌ أَحْرى بِذَلِكَ.

قَالَ: وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّ الَّذِي يقطعُ فِي السَّرِقَةِ.

قال أبو عمر: سَنَذْكُرُ اخْتِلافَهُمْ فِي حَدِّ الإِحْصَانِ، فِي مَوْضِعِهِ مِنْ هَذا الكِتَابِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ.

وَقالَتْ طَائِفَةٌ مِمَّنْ رَأى آيَةَ التَّخْيِيرِ فِي الحُكْمِ بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ مَنسُوخَةً لِقَوْلِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، قَالُوا: عَلى الإِمَامِ، إذا علمَ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ حَدّاً مِنْ حُدُودِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ، أَنْ يُقِيمَهُ عَلَيْهِمْ وَإِنْ لَمْ يَتحاكَمُوا إِلَيه؛ لأنَّ اللَّهُ تعالى يَقُولُ: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وَلَمْ يَقُلْ: إِنْ تَحاكَمُوا إِلَيْكَ.

قَالُوا: وَالسُّنَّةُ تُبَيِّنُ ذَلِكَ.

وَاحْتَجُّوا بِحَدِيثِ البَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ فِي ذَلِكَ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي «التمهيد»، وَلَيْسَ فِيهِ بَيَانُ مَا ذَكَرُوا، وَلا يثبتُ مَا ادَّعوا.

قال وَاحْتَجُّوا أَيْضاً بِحَدِيثِ مَالِكٍ، ، وَلَيْسَ فِيهِ، أَنَّ اليَهُودَ تَحاكَموا إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَهَذا لَيْسَ بشيء؛ لأنَّ فِيهِ أن اليَهُودَ جَاؤُوا إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَلَمْ يَأْتُوا إِلا مُتَحَاكِمِينَ إِلَيهِ، رَاضِينَ بِحُكْمِهِ، وَهُمْ كَانُوا الَّذِينَ إِلَيْهِم إِقَامَةُ الحُدُود عِنْدَهُمْ، ودَعوهُ إِلى الحُكْمِ بَيْنَهُمْ، وَجاؤُوهُ بِالتَّوْرَاةِ إِذْ دَعَاهُم إِلَيْها.

وَيَدُلُّ عَلى ذَلِكَ أَيْضاً حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ، مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ شِهَابٍ، وَغَيْرِهِ. وَعَنْ رَجُلٍ مِنْ مُزَيْنَةَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيرَةَ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِطُولِهِ مِنْ طُرُقٍ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَقَدْ ذَكَرْنَا هُنَاكَ حَدِيثَ الشَّعبيِّ، عَنْ جَابِرٍ، فِي هَذا المَعْنى، حدَّثناهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قالَ: حَدَّثني مُحمدُ بْنُ بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني أَبُو دَاوُدَ، قَالَ: حدَّثني يَحْيَى بْنُ مُوسى، قَالَ حدَّثني أَبُو أُسامَةَ، قَالَ: أَخبرنا مُجالِدٌ، عَنْ عَامِرٍ، عَنْ جَابِر بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: جاءَتْ يَهُودُ بِامْرَأَةٍ وَرَجُل مِنْهُم زَنَيا؛ فَقَالَ: «ائتُونِي بِأَعْلَم رَجُلَيْنِ مِنْكُمْ». فأتَوهُ بِابْني صوريا، فنَشَدَهُما كَيفَ تَجِدَانِ أَمْر هَذَيْنِ فِي التَّوراةِ؟ قالا: نَجِدُ فِي التَّوْرَاةِ: إِذَا شَهدَ أَرْبعَةٌ أَنَّهُمْ رَأوا ذَكَرَهُ، فِي فَرْجِها، مِثْلَ المَيْلِ فِي المكحلَةِ، رُجِمَا.

قَالَ: فَما مَنعكُما أَنْ تَرْجُماهُما؟

قَالَ: ذَهَبَ سُلْطَانُنا؛ فَكَرِهْنا القَتْلَ، فَدعا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بالشُّهُودِ فَجاءَ أَرْبَعَةٌ، فَشَهِدُوا أَنَّهُم رَأوا ذَكَرَهُ فِي فَرْجِها، كَالميل فِي المِكْحَلَةِ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِرَجْمِهِما[١].

قال أبو عمر: يحتملُ أَنْ يَكُونَ الشُّهُودُ مُسْلِمِينَ، وَهوَ الأَظْهَرُ فِي هَذَا الخَبَرِ، ولذلك تَحاكَموا إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

---

(١) أخرجه أبو داود في الحدود باب ٢٥، حديث ٤٤٥٢.

وَرَوى شريكٌ، عَنْ سماكِ بْنِ حربٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ سَمُرَةَ، أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ رَجَمَ يَهُودِيّاً وَيَهُودِيَّةً[١].

انْفَرَدَ بِهِ شريكٌ، عَنْ سماكٍ.

وَأَخْبرنا أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: حدَّثنا الحَسَنُ بْنُ إسماعِيلَ، قَالَ: حدَّثني عَبْدُ المَلكِ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ إِسْمَاعِيل السائغُ، قَالَ: حدَّثني سُنَيد، عَنْ هشيم، عَنِ العَوَّام بْنِ حوشبٍ، عَنْ إِبْراهِيمَ التيميِّ؛ وإِنْ حَكَمْتَ بَيْنَهُمْ، فاحْكُمْ بِالقِسْطِ، يَعنِي بِالرَّجْمِ.

١٥٢٢ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيد بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَجُلاً مِنْ أَسْلَمَ جَاءَ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ فَقَالَ لَهُ: إِنَّ الآخِرَ زَنَى[٢]، فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ: هَلْ ذَكَرْتَ هذَا لأَحَدٍ غَيْرِي؟ فَقَالَ: لا، فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ: فَتُبْ إِلى اللَّهِ، واسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ، فَإِنَّ اللَّهَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ، فَلَمْ تُقْرِرْهُ نَفْسُهُ حَتَّى أَتَى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَقَالَ لَهُ مِثْلَ مَا قَالَ لأَبِي بَكْرٍ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ مِثْلَ مَا قَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ، فَلَمْ تُقْرِرْهُ نَفْسُهُ حَتَّى أَتَى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَقَالَ لَهُ مِثْلَ مَا قَالَ لأَبِي بَكْرٍ، فَقَالَ فَلَمْ تُقْرِرْهُ نَفْسُهُ حَتَّى جاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ لَهُ: إِنَّ الآخِرَ زَنَى، فَقَالَ سَعِيدٌ: فَأَعْرَضَ عَنْهُ رَسُول الله ﷺ ثَلاثَ مَرَّاتٍ، كُلُّ ذَلِكَ يُعْرِضُ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى إِذَا أَكْثَرَ عَلَيْهِ، بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلى أَهْلِهِ فَقَالَ: «أَيَشْتَكِي أَمْ بِهِ جِنَّةٌ؟» فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ. واللَّهِ إِنَّهُ لَصَحِيحٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَبِكْرٌ أَمْ ثَيِّبٌ؟» فَقَالُوا: بَلْ ثَيِّبٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرُجِمَ.

١٥٢٣ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّ

---

(١) أخرجه الترمذي في الحدود باب ١٠، وابن ماجه في الحدود باب ١.

١٥٢٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه موصولاً عن أبي هريرة، البخاري في الحدود، باب ٢٢ (لا يرجم المجنون والمجنونة) حديث ٦٨١٥، ومسلم في الحدود، باب ٥ (من اعترف على نفسه بالزنى) حديث ١٦.

(٢) إن الآخِر زنى: الآخِر، معناه الرذل، الدنيء، كأنه يدعو على نفسه ويعيبها بما نزل به من مواقعه الزنا، قال الأخفش: كنى عن نفسه، وهذا إنما يكون لمن حدّث عن نفسه بقبيح، فكره أن ينسب ذلك إلى نفسه.

١٥٢٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه موصولاً أبو داود في الحدود، باب ٧ (الستر على أهل الحدود) حديث ٤٣٧٧، ٤٣٧٨، والدارمي في الحدود حديث ٢٣١٥.

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِرجُلٍ مِنْ أَسْلَمَ، يُقَالُ لَهُ هَزَّالٌ «يا هَزَّالُ! لَوْ سَتَرْتَهُ بِرِدَائِكَ لَكَانَ خَيْراً لَكَ» قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: فَحَدَّثْتُ بِهذا الْحَدِيثِ فِي مَجْلِس فِيهِ يَزِيدُ بْنُ نُعَيْمِ بْنِ هَزَّالٍ الأَسْلَمِيِّ. فَقَالَ يَزِيدُ: هَزَّالٌ جَدِّي، وَهَذا الْحَدِيثُ حَقٌّ.

١٥٢٤ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ؛ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ رَجُلاً اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَشَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ. فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرُجِمَ.

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ يُؤْخَذُ الرَّجُلُ بِاعْتِرافِهِ عَلَى نَفْسِهِ.

قال أبو عمر: أَمَّا الحَدِيثُ الأَوَّلُ فِي هَذا البَابِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدْ ابْنِ المُسَيَّبِ، أَنَّ رَجُلاً مِنْ أَسْلَمَ ـ وَلَمْ يُسَمِّ الرَّجُلَ ـ فَقَدْ سَمَّاهُ فِيهِ: يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، وَغَيْرُهُ مِمَّنْ رَوى عَنْ يَحيى بْنِ سَعِيدٍ؛ قَالَ يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، وَغَيْرُهُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، أَنَّ مَاعِزَ بْنَ مَالِكٍ الأَسْلَمِيَّ، أَتى إِلى أَبي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ زَنَى، فقال لَهُ أَبُو بَكْرٍ: هَلْ ذَكَرْتَ ذَلِكَ لأَحدٍ غَيْرِي؟

قَالَ: لا.

فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ: اسْتَتِرْ بِسترِ اللَّهِ، وَتُبْ إِلى اللَّهِ تَعالى، فَإِنَّ النَّاسَ يَعيِّرونَ وَلا يُعيِّرونَ، وَأَمَّا اللَّهُ عَزَّ وجلَّ، يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبادِهِ.

قال أبو عمر: هُوَ مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ الأَسْلَمِيُّ، لا خِلاَفَ بَيْنَ العُلماءِ فِي ذَلِكَ، وَقَدْ تَكَرَّرَتِ الآثارُ المَرْوِيَّةُ فِي قِصَّتِهِ بِذَلِكَ.

وَقَدْ رُوِيَ مَعْنى حَدِيثِ مَالِكٍ هَذا مُتَّصِلاً مِنْ وُجُوهٍ عَنِ النَّبيِّ ﷺ، قَدْ ذَكَرْنَا بَعْضَها فِي «التَّمْهِيدِ»، وَنَذْكُرُ مِنْها مَا حَضَرَنا فِي هَذا البَابِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ.

وَرَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ يحيى بن سعيد، عن سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، أَنَّ رَجُلاً مِنْ أَسْلَمَ، أَتى عُمَرَ، فَقَالَ: إِنَّ الآخِرَ زَنى، فقالَ: تُبْ إِلى اللَّهِ تَعالى، وَاسْتَتِرْ بِسترِ اللَّهِ، فَإِنَّ اللَّهَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبادِهِ، وَإِنَّ النَّاسَ يعيرونَ ولا يعيرونَ. فَلَمْ تَدَعْهُ نَفْسُهُ حتَّى أَتى أَبا بَكْرٍ، فَقَالَ لَهُ مِثْلَ ذَلِكَ، فَقالَ لَهُ قَوْلِ عُمَرَ، وَردَّ عَلَيهِ مِثْلَ مَا ردَّ عَلَيهِ عُمَرُ، فَلَمْ تَدَعْهُ نَفْسُهُ حتَّى أتى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، فَأَتاهُ مِنَ الشِّقِّ الآخَرِ، فأعرض عَنْهُ، فأتاهُ من الشِّقِّ الآخرِ فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ، فَأَرْسَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إلى

١٥٢٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٤، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البخاري في الحدود باب ٢٢ (لا يرجم المجنون والمجنونة) حديث ٦٨١٥، ومسلم في الحدود، باب ٥ (من اعترف على نفسه بالزنى) حديث ١٦.

قَوْمِهِ فَسَأَلهُم عَنْهُ: «أَبِهِ جُنُونٌ؟ أَبِهِ رِيحٌ؟» فَقالُوا: لا، فَأمرَ بِهِ، فَرُجِمَ.

قَالَ يَحْيى بْنُ سَعِيدٍ، عَنْ نعيم بن عبد الله بْنِ هَزَّالٍ، أَنَّ النَّبيَّ ﷺ، قَالَ لِهَزَّالٍ: «لَو سَتَرْتَهُ بِثَوبِكَ، كَانَ خَيْراً لَكَ».

قَالَ: وَهَزَّالٌ كَانَ أَمرَهُ أَنْ يَأْتِي النَّبِيَّ ﷺ، فَيُخبرُهُ.

ذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ(١)، عَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ.

قَالَ: وَقَالَ ابْنُ عُيَيْنَةَ، قَالَ: وَأَخْبَرَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ دِينَارٍ، قَالَ: قَامَ النَّبيُّ ﷺ عَلى المِنْبَرِ، فَقالَ: «أَيُّها النَّاسُ، اجْتَنِبُوا هَذِهِ القَاذُورَةَ الَّتِي نَهاكُمُ اللَّهُ عَنها، وَمَنْ أَصَابَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئاً، فَلْيَسْتَتِرْ»(٢).

وَفِي هَذا الحَدِيثِ مِنَ الفِقْهِ: أَنَّ سترَ المُسلِم على نَفْسِهِ مَا وَقعَ فِيهِ مِنَ الكَبَائِرِ المُوجِبَةِ لِلْحُدُودِ، وَالتَّوْبَةُ مِنها، وَالنَّدَمُ عَلَيْها، وَالإِقْلَاعُ عَنها، أَولى بِهِ مِنَ الإِقْرَارِ بِذَلِكَ عَلَى نَفْسِهِ.

أَلَا ترى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ، أَشَارَ بِذَلِكَ عَلَى الرَّجُلِ الَّذِي اعْتَرَفَ عِنْدَهُ بِالزِّنى، وَكَذَلِكَ فَعَلَ عُمَرُ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُما.

وَهُوَ مَاعِزٌ الأَسْلَمِيُّ، لا خِلافَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَهْلِ العِلْمِ، وَذَلِكَ مَشْهُورٌ فِي الآثارِ.

وَكَذَلِكَ إِعْرَاضُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْهُ حِينَ أَقَرَّ عَلى نَفْسِهِ بِالزِّنى، حَتَّى أَكْثَرَ عَلَيهِ، كَانَ ـ واللَّهُ أَعْلَمُ ـ رَجاءَ أَلا يَتَمادَى فِي الإقْرارِ، وَأَن يَنْتَبه، وَيرْعَوِي، ثُمَّ يَنْصَرِفَ، فَيَعْقُدَ التَّوْبَةَ مِمَّا وَقَعَ فِيهِ.

هَذَا مَذْهَبُ مَنْ قَالَ: إِنَّ الاعْتِرَافَ بِالزِّنى مَرَّةً وَاحِدَةً يَكْفِي.

وَأَمَّا مَنْ قَالَ: إِنَّهُ لا بُدَّ مِنْ إِقْرَارِهِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ؛ فَقالُوا: إِنَّما أَعْرَضَ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ؛ لِيتمَّ إِقْرَارُهُ عِنْدَهُ.

وَلَيْسَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي ذَلِكَ كَغَيرِهِ؛ لأَنَّهُ كَانَ إِلَيهِ إِقَامَةُ الحُدُودِ لِلَّهِ تَعالى، وَمَنْ كَانَ ذَلِكَ إِلَيهِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ـ إِذَا بَلَغَهُ، وَثَبتَ عِنْدَهُ مَا يُوجِبُها ـ إِلا إِقَامَتُها، وَلَمْ يَكُنْ أَبُو بَكْرٍ، وَلَا عُمَرُ، فِي ذَلِكَ الوَقْتِ كَذلِكَ.

وَسَنَذْكُرُ اخْتِلافَ الفُقَهاءِ فِي حُكْم إِقْرارِ المُعْتَرِفِ فِي الزِّنى، وَهَلْ يَحتاجُ إِلى تكْرَارِ الإِقْرارِ، أَمْ لا، فِي حَدِيثِ ابْنِ شِهابٍ، بَعْدَ هَذا، فِي هَذا البَابِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

---

(١) المصنف ٧/ ٣٢٣.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

يَدُلُّكَ أَنَّ السَّتْرَ وَاجِبٌ مِنَ المُؤْمِنِ عَلى المُؤْمِنِ قولُهُ ﷺ: تَعَافَوْا الحُدُودَ فِيما بَيْنَكُمْ، فَإِنَّهُ إِذا بَلَغَنِي ذَلِكَ، فَلا عَفْوَ»[1]، وَقَولُهُ ﷺ لِهَزَّالٍ الأَسْلميّ: «يَا هَزَّالُ لَو سَتَرْتَهُ بِرِدَائِكَ، لَكَانَ خَيْراً لَكَ».

وَكانَ هَزَّالٌ قَدْ أمرهُ أَنْ يَأْتِي رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَيعْترف عِنْدَهُ بِما وَقعَ مِنْهُ، فَقالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ هَذا القَوْلَ، معرفاً لَهُ أَنَّ سترَهُ عَلَيهِ، كَانَ أَفْضَلَ وَأَوْلى بِهِ وإِذَا كَانَ سَتْرُ المُسْلِمِ عَلى المُسْلِمِ مَنْدُوباً إِلَيهِ، مَرْغُوباً فِيهِ، فَسَتْرُ المَرْءِ عَلى نَفْسِهِ، أَولى بِهِ، وَعَلَيهِ التَّوْبَةُ مِمَّا وَقعَ فِيهِ.

وَيَدُلُّكَ أَيضاً عَلى مَا وَصَفْتُ لَكَ، قَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «أَيَشْتَكِي؟ أَبِهِ جِنَّةٌ؟» فَيقُولُ: أَمَجْنُونٌ هُوَ يبلغُ نَفْسهُ إِلى المَوْتِ، وَهُوَ يُمكنُهُ أَنْ يَتُوبَ وَيَسْتغفرَ اللَّهَ تعالى ولا يعود، فَإِنَّ اللَّهَ تَعالى يَقْبَلُ عَنْ عِبادِهِ، وَيُحِبُّ التَّوَّابِينَ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِنَّ الآخِرَ زَنى، فَالرِّوَايَةُ فِيهِ بِكَسْرِ الخَاءِ، عَلى وزْنِ فَعِلَ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ.

وَالمَعْنى فِيهِ: إِنَّ البَائِسَ الشَّقِيَّ زَنى، كَما تَقُولُ: الأَبْعَدُ زَنى، قَالَ ذَلِكَ تَوْبِيخاً لِنَفْسِهِ.

قَالَ أَهْلُ اللُّغَةِ، في قَوْلِ قَيْسِ بْنِ عَاصِمٍ: المَسْأَلَةُ آخِر كسب الرَّجُل: أَيْ أَرْذَلُ كَسْبِ الرَّجُلِ.

حدَّثني محمد بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ حكم، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ، قَالَ: حَدَّثَنِي إِسْحاقُ بْنُ أَبِي حَسَّان، قَالَ: حدَّثني هِشَامُ بْنُ عَمَّارٍ، قَالَ: حدَّثَنِي عَبْدُ الحَمِيد بْنُ حبيب، قَالَ: حدَّثَنِي الأَوْزَاعِيُّ، قَالَ: أَخْبَرَنِي عُثْمانُ بْنُ أَبِي سَوْدَةَ، قَالَ: حَدَّثَنِي مَنْ سَمعَ عُبَادَةَ بْنَ الصَّامِتَ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ ـ عَزَّ وَجَلَّ ـ لَيَسْتُرُ العَبْدُ من الذَّنْبِ، مَا لَمْ يَخْرُقْهُ».

قَالُوا: وَكَيْفَ يَخرقهُ؟

قَالَ: «يُحَدِّثُ بِهِ النَّاسِ».

حدَّثَنِي خَلَفُ بْنُ قَاسِمٍ، قَالَ: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ عَبْدِ الرَّحمنِ أَبُو عيسى الأسواني، قَالَ: حدَّثني إِسْحَاقُ بْنُ إِبْراهِيمَ بْنِ يُونُس، قَالَ: حدَّثني سُفْيَانُ بْنُ وَكِيعِ ابْنِ الجراحِ، قَالَ! حدَّثني أَبِي، عَنْ إِسْرَائِيلَ، عَنْ جَابِرٍ، عَنْ عَامِرٍ، عَنْ عَبْد الرحمن ابْنِ أَبْزى، عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ مَاعِزاً أَقَرَّ عَلى نَفْسِهِ بِالزِّنى، عِنْدَ

(١) أخرجه أبو داود في الحدود باب ٦، حديث ٤٣٧٦، والنسائي في السارق باب ٥.

رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثَلاثَ مَرَّاتٍ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «إِنْ أَقْرَرْتَ الرَّابِعَةَ، أَقَمْتُ عَلَيْكَ الحَدَّ» فَأَقَرَّ عِنْدَهُ الرَّابِعَةَ، فَأَمَرَ بِهِ فَحُبِسَ، ثُمَّ سَأَلَ عَنْهُ، فَذَكَرُوا خَيْراً، فَرُجِمَ.

وَهَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ، إلا أَنَّ جَابِراً الجعفيَّ، يَتَكَلَّمُونَ فِيهِ، وَأَجْمَعُوا على أَنْ يُكْتَبَ حَدِيثُهُ، وَاخْتَلَفُوا فِي الاحْتِجاجِ بِهِ؛ فَكَانَ يحيى القَطَّانُ، وَعَبْدُ الرَّحمن بْنُ مَهْدِيٍّ، لا يُحَدِّثَانِ عَنْهُ، وَكَانَ أَحْمَدُ بْنُ حَنبَلٍ، وَيَحْيى بْنُ مَعِينٍ، يُضَعِّفَانِهِ، وَكانَ شُعْبَةُ بْنُ الحَجَّاجِ، وَسُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ، يَشْهَدَانِ لَهُ بالحِفْظِ وَالإتْقانِ، وَكانَ وَكِيعٌ، وَزُهَيْرُ بْنُ مُعَاوِيَةَ، يُوثِّقَانِهِ، وَيثْنِيَانِ عَلَيهِ، قَالَ وَكِيعٌ: مَهْمَا شَكَكْتُمْ، فَلا تَشُكُّوا، فَإِنَّ جَابِرَ الجعفي ثِقَةٌ.

وَأَمَّا حَدِيثُ مَالِكٍ، فِي هَذَا البَابِ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، مُرْسلاً فَرَواهُ مَعمرٌ، وَيُونُسُ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ جَابِرٍ، أَنَّ رَجُلاً مِنْ أَسْلَمَ، أَتى النَّبِيَّ ﷺ، الحديث.

وَرَوَاهُ شعيبُ بْنُ أَبِي حَمْزَةَ، وعقيل بْن خَالِدٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، وَسَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ مَاعِزاً الأَسْلَمِيَّ، أَتى النَّبِيَّ ﷺ، فَاعْتَرفَ عِنْدَهُ بِالزِّنى، فَرَدَّهُ أَرْبعَ مَرَّاتٍ، وَذكرَ الحَدِيثَ.

قَالَ ابْنُ شِهابٍ: وَحَدَّثَنِي مَنْ سَمعَ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ، يَقُولُ: كُنْتُ فيمَنْ رَجَمَهُ، فَلمَّا أَذْلَقَتْهُ الحِجارَة هَرَب، فَأَدْرَكْنَاهُ بِالحرَّةِ، فَرَجَمْنَاهُ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا طُرُقَ حَدِيثِ ابْنِ شِهَابٍ، وأَلْفَاظِ نَاقِدِيهِ بِالأَسَانِيدِ، فِي كِتَابِ «التَّمْهِيدِ».

وَقَدْ رَوى حَدِيثَ مَاعِزٍ، فِي قِصَّةِ اعْتِرَافِهِ بِالزِّنى، وَرَجْمِهِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: ابْنُ عَبَّاسٍ.

وَرُوِيَ حَدِيثُهُ أَيضاً مِنْ وُجُوهٍ: جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، وَجَابِرُ بْنُ سَمُرَةَ، وَسَهْلُ بْنُ سَعد، وَنعيمُ بْنُ هَزَّالٍ، وَأَبُو سَعِيدِ الخدريُّ، وَفِي أَكْثَرِها أَنَّهُ اعْتَرَفَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، وَفِي بَعْضِها مَرَّتَيْنِ، وفِي بَعْضِها ثَلاثَ مَرَّاتٍ، وَقَدْ ذَكَرْنا ذَلِكَ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَفِي رِوَايَةِ شُعْبَةَ، وَإِسْرَائِيل، وَأَبِي عَوانَةَ، عَنْ سِماكٍ، عَنْ جابِرِ بْنِ سَمُرَةَ؛ أَنَّهُ اعْتَرفَ مَرَّتَيْنِ، فَأَمرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَرُجِمَ.

وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ، فِي عَدَدِ الإِقْرَارِ بِالزِّنى.

فَقَالَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَاللَّيْثُ، وَعُثْمَانُ البتيُّ: إِذَا أَقَرَّ مَرَّةً وَاحِدةً بِالزِّنى، حُدَّ.

وَهُوَ قَوْلُ الحَسَنِ البَصْرِيِّ، وَحَمَّادِ الكُوفِيِّ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ، وَدَاوُدُ، وَالطَّبرِيُّ.

وَمِنْ حُجَّتِهِمْ عَلى مَنْ خَالَفَهُمْ، أَنَّ الآثَارَ مُخْتَلِفَةٌ فِي إِقْرَارِ مَاعِزٍ، وَرُوِيَ فِيها: أَنَّهُ أَقَرَّ مَرَّةً، وَرُوِيَ أَنَّهُ أَقَرَّ مَرَّتَيْنِ، وَرُوِيَ أَنَّهُ أَقَرَّ ثَلاثاً، وَرُوِيَ أَنَّهُ أَقَرَّ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، وَسَقطَ الاحْتِجَاجُ بِهِ.

وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فِي حَدِيثِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ: «واغْدُ يَا أُنَيْسُ عَلى امْرَأَةِ هَذا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ، فَارْجُمْهَا».

وَلَمْ يَقُلْ: إِن اعْتَرَفَتْ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، وَكُلُّ مَا وَقَعَ عَلَيهِ اعْتِرَافٌ، وَجبَ بِهِ الحَدُّ.

وَقَدْ أَجْمَعَ العُلَماءُ، عَلى أَنَّ الإِقْرَارَ، فِي الأَمْوالِ، يَجِبُ مَرَّةً وَاحِدَةً؛ فَدَلَّ ذَلِكَ عَلى أَنَّهُ لا يُراعى عَدَدُ الشُّهودِ؛ لأَنَّ الشَّهَادَةَ لا تَصِحُّ بِأَقَل مِنْ شَاهِدَيْنِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ، وَالثَّوْرِيُّ، وَابْنُ أَبِي لَيلى، وَالحَسَنُ بْنُ حَيّ: لا يَجبُ عَلَيهِ الحَدُّ، فِي الزِّنى، حَتَّى يقرَّ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ.

وَهُوَ قَوْلُ الحَكَمِ بْن عُتَيْبَةَ.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَإِسْحَاقَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُ أَربَعَ مَرَّاتٍ، فِي مَجَالِسَ مُفْتَرِقَةٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ: يُحَدُّ فِي الخَمْرِ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً.

وَقَالَ زُفَرُ: لا يحدُّ فِي الخَمْرِ حَتَّى يقرَّ مَرَّتَيْنِ، فِي مَوْطِنَيْنِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَزُفَرُ، وَمُحمدٌ؛ إِذا أَقَرَّ مَرَّةً وَاحِدةً، فِي السَّرِقَةِ، صَحَّ إِقْرَارُهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: حَتَّى يقرَّ مَرَّتَيْن.

قَال أبو عمر: مِنْ حُجَّتِهم حَدِيثُ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ النَّبيَّ ﷺ، رَدَّ مَاعِزاً حَتَّى أَقرَّ أَربَعَ مَرَّاتٍ، ثُمَّ أَمَرَ بِرَجْمِهِ.

وَأَحَادِيثُ كَثِيرَةٌ فِيها الإِقْرَارُ مِنْهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، قَدْ ذَكَرْتُها فِي «التَّمهِيدِ».

قَالُوا: وَلَيْسَ تَقْصِيرُ مَنْ قصرَ فيما حفظَ غَيْرُهُ، بِحُجَّةٍ عَلَيهِ].

وَمَنْ حفظَ: أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، فَقَدْ زَادَ حِفْظُهُ عَلى حِفْظِ غَيرِهِ، وَشَهَادَتُهُ أَولى؛ لأَنَّهُ سَمعَ مَا لَمْ يَسْمَعْ غَيْرُهُ.

وَسَنَذْكُرُ مَا يلزَمُ مَنْ رَجعَ عَنْ إِقْرَارِهِ بِالزِّنى، وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ، وَمَا لِلْفُقهاءِ مِنَ

التَّنَازُعِ، فِي بَابِ مَنِ اعْتَرَفَ عَلى نَفْسِهِ بِالزِّنى، مِنْ هَذا الكِتَابِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ.

١٥٢٥ ـ مَالِكٌ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ، عَنْ أَبِيهِ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ؛ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَأَخْبَرَتْهُ أَنَّها زَنَتْ، وَهِيَ حَامِلٌ. فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اذْهَبِي حَتَّى تَضَعِي» فَلَمَّا وَضَعَتْ جَاءَتْهُ. فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اذهَبِي حتَّى تُرْضِعِيهِ» فَلَمَّا أَرْضَعَتْهُ جاءَتْهُ فَقالَ: «اذْهَبِي فَاسْتَوْدِعِيهِ»[1] قالَ: فاسْتَوْدَعَتْهُ ثُمَّ جاءَتْ فَأَمَرَ بِهَا فَرُجِمَتْ.

هَكَذَا قَالَ يَحْيى، فِي هَذا، عَنْ مَالِكٍ، عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ، عَنْ أَبِيهِ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبي مُلَيْكَةَ، فَجَعَلَ الحَدِيثَ مِنْ مُرْسَلِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ.

وَكَذَلِكَ قَالَ أَبُو مُصْعَبٍ، عَنْ مَالِكٍ، كَما قَالَ يَحْيَى بْنُ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، فَجعلَ الحَدِيثَ مِنْ مُرْسَلِ عَبْدِ اللَّهِ.

وَكَذَلِكَ رَوى ابْنُ عُفَيْرٍ، فِي «المُوطَّأ».

وَقَالَ القعْنبيُّ، وَابْنُ القاسمِ، وَمُطَرِّفٌ، وَابْنُ بكير، فِي أَكْثَرِ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ، عَنْ مَالِكٍ، عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ، عَنْ أَبِيهِ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، فَجَعَلُوا الحَدِيثَ مِنْ مُرْسَلِ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ، وَهُوَ الصَّوَابُ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى.

وَرَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ، بِرَفْعِ مَوْضعِ الإِشْكَالِ مِنْهُ، وَلَمْ يَقُلْ: عَنِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، وَلا جَاءَ فِيهِ بِذِكْرِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، فَرَوَاهُ فِي «المُوطَّأ»، عَنْ مَالِكٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ التَّيميِّ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَتْ إِنَّها زَنَتْ، وَهِيَ حَامِلٌ، فَقالَ لَها رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اذْهَبِي حَتَّى تَضعِي» فَذَهَبَتْ، فَلَمَّا وَضَعَتْ، جَاءَتْهُ، فَقالَ: «اذْهَبِي حَتَّى تُرْضِعِيهِ». فَلَمَّا أَرْضَعَتْهُ، جَاءَتْهُ، فَقالَ: «اذْهَبِي حَتَّى تَسْتَوْدِعِيهِ». فَلَمَّا اسْتَوْدَعَتْهُ، جَاءَتْهُ، فَأَقامَ عَلَيْها الحَدَّ.

وَزَيْدُ بْنُ طَلْحَةَ هَذا، وَالِدُ يَعْقُوبَ، مَعْرُوفٌ عِنْدَ أَهلِ الحَدِيثِ يَرْوِي عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَسَعِيدِ المقبريِّ، رَوى عَنْهُ الثَّورِيُّ، وَعَبْدُ الرَّحْمنِ بْنُ إِسْحاقَ، وَابْنُ يعْقُوبَ.

١٥٢٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ٥، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه موصولاً عن بريدة، مسلم في الحدود، باب ٥ (من اعترف على نفسه بالزنى) حديث ٢٣، وأبو داود في الحدود حديث ٤٤٤٥، والترمذي في الحدود حديث ١٤٣٣، والنسائي في القسامة حديث ٥٤٠٨، ٥٤٠٩، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٤٩، والدارمي في الحدود حديث ٢٣١٧.

(١) استودعيه: أي اجعليه عند من يحفظه.

وَرَوى عَنْ ابنه يَعْقُوبَ: مَالِكٌ، وَهِشَامُ بْنُ سَعْدٍ، وَمُوسى بْنُ عُبَيْدَةِ، وَمُحمدُ بْنُ جَعْفرِ بْنِ أَبِي كثيرٍ، إلا أنَّ أَهْلَ الحَدِيث يَنْسُبُهُ بَعْضُهُمْ فِي بَنِي تَيْم قُرَيْش؛ فَيَقُولُونَ: التَّيْمِيُّ، وَيَخْتَلِفُونَ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ مِنْ وَلَدِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، وَمِنْهُم مَنْ يَنْسُبُهُ إلى ابْنِ جدْعانَ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَجْعَلُهُ مِنْ وَلَدِ طَلْحَةَ بْنِ رُكَانَةَ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ، وَلا يَعْرِفُهُ أَهْلُ النَّسَبِ، إلا فِي تَيْم قُرَيْشٍ، وَلا فِي وَلَدِ رُكَانَةَ، وَرُكَانَةُ مُطلبيٌّ، لا تَيْميٌّ، فَيَعْقُوبُ وَأَبُوهُ زَيْدُ بْنُ طَلْحَةَ، مَجْهُولانِ عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ بِالنَّسَبِ، مَعْرُوفَانِ عِنْدَ أَهْلِ الحَدِيثِ.

وَهَكَذا قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: فَأَقَامَ عَلَيْها الحَدَّ، وَلَمْ يَذْكُرْ رَجماً.

وَمَا فِي الحَدِيثِ مِنِ انْتِظَارِ الفَطامِ ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ حَدَّها، كَانَ الرَّجْمَ.

وَقَدْ رَوى هَذا الحَدِيثَ عِمْرانُ بْنُ حُصَيْنٍ، مِنْ وَجْهٍ صَحِيح عَنْهُ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ، فَلَمْ يذْكُرْ فِيهِ انْتِظارَ الرَّضاعِ وَالفطامِ مِنْهُ، وَقَالَ فِيهِ: فَلَمَّا وَضَعَتْ، أَتَتْهُ، فَأَمَر بِها، فَشَكَّتْ عَلَيْها ثِيَابُها، يَعْنِي: شُدَّتْ، ثُمَّ رُجِمَتْ، وَأَمَرَهُمْ فصَلُّوا عَلَيْها فقالَ لَهُ عُمَرُ: أَتُصَلِّي عَلَيْهَا وَقَدْ زَنَتْ؟.

فَقالَ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَو قُسِمَتْ مَا بَيْنَ سَبْعِينَ مِنْ أَهْلِ المَدِينَةِ، لَوَسِعَتْهُمْ، وَهَلْ وَجَدَتْ أَنْ جَادَتْ بِأَكْثَرَ مِنْ نَفْسِها؟»[1].

رَواهُ يَحيى بْنُ كَثِيرٍ، عَن أَبِي قلابَةَ، عَنْ أَبِي المُهلبِ، عَنْ عِمْرانَ بْنِ حُصَيْنٍ.

وكَذَا رَواهُ أَكْثَرُ أَصْحابِ يَحيى بْنُ كثيرٍ، وَقالَ فِيهِ: يَحْيى بْنُ أبي كثيرٍ، عَنْ أبي قلابَةَ، عَنْ أَبِي المُهاجِرِ، عَنْ عِمْرانَ بْنِ حُصينٍ، فَوَهِمَ فِيهِ، إِذْ جَعَلَ مَوْضعَ: أَبِي المُهلبِ، أَبا المُهَاجِرِ، وَقَدْ ذَكَرْناهُ بالأَسَانِيد مِنْ طُرُقٍ، فِي «التَّمْهِيدِ».

وَقَدْ رُوِيَ انْتِظَارُ الرَّضَاعِ وَالفِطَامِ، فِي هَذا الحَدِيثِ، مِنْ حَدِيثِ النَّبيِّ ﷺ، مِنْ

---

(١) لفظ الحديث بتمامه عن عمران بن حصين قال: أتت رسول الله ﷺ امرأة من جهينة، فقالت: يا رسول الله إني أصبت حداً فأقمه علي، فدعا رسول الله ﷺ وليها فقال: أحسن إليها حتى تضع ما في بطنها فإذا وضعت فأتني بها. فلما وضعت أتى بها رسول الله ﷺ فأمر بها. فشد عليها ثيابها، ثم أمر بها فرجمت، ثم صلى عليها، فقال عمر: يا رسول الله أتصلي عليها وقد زنت؟ فقال رسول الله ﷺ: لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله جل وعلا.

أخرجه مسلم في الحدود حديث ٢٤، وأبو داود في الحدود باب ٢٤، والترمذي في الحدود باب ٩، والنسائي في الجنائز باب ٦٤، والدارمي في الحدود باب ١٧، وأحمد في المسند ٤/ ٤٣٠، ٤٣٥، ٤٤٠.

وُجُوهٍ، مِنْ حَدِيثِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَحَدِيثِ أَبِي بَكْرَةَ، وَحَدِيثِ بريدَةَ الأَسْلميِّ.

وَفِي حَدِيثِ عَلِيٍّ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: «أنا أَكْفلُهُ»، وَلَكِنَّهُ مِنْ حَدِيثِ حُسَيْنِ بْنِ ضميرَةَ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ.

وَحَدِيثُ أبي بكْرَةَ، فِيهِ رَجُلٌ مَجْهُولٌ.

وَأَحْسَنُ الأَحَادِيثِ إسناداً فِي ذَلِكَ، حَدِيثُ بُرَيْدَةَ، وَفِيهِ: فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، بِالصَّبِيِّ، فَرُفعَ إلى رَجُلٍ مِنَ المُسْلِمِينَ يَكْفلُهُ.

حدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حدَّثَنِي محمد بْنُ بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني أبُو دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثني إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُوسى الرَّازِيُّ، قَالَ: حدَّثني عِيسى بْنُ يُونُسَ، عَنْ بُشَيْرِ بْنِ المُهاجِرِ.

وحدَّثَنِي سَعِيدُ بْنُ نَصْرٍ، وَعَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيَانَ، وَلَفْظُ الحَدِيثِ لَهُما؛ قَالا: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبغ، قَالَ: حدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ وَضَّاحٍ، قالَ: حدَّثَنِي أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ نُميرٍ، قَالَ: حدَّثني بُشَيْرُ بْنُ المُهَاجِرِ، قَالَ: حدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ بُرَيْدَةَ، عَنْ أبيهِ، قالَ: جَاءَت الغامديّة، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ، وَأُرِيدُ أَنْ تُطَهرنِي، فَرَدَّها، فَلَمَّا كَانَ الغَدُ، أَتَتْهُ، فَقالَتْ: يَا نَبِيَّ اللَّهِ، لِمَ تَرُدُّنِي؟ لَعَلَّكَ تُرِيدُ أَنْ تَرُدَّنِي، كَما رَدَدْتَ مَاعِزَ بْنَ مَالِكٍ، فَوَاللَّهِ إِنِّي لَحُبْلى.

فَقالَ: «إِمَّا لا، فَاذْهَبِي حَتَّى تلدي»، فَلَمَّا وَلَدَتْ، أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي خِرْقَةٍ، فَقَالَتْ: هَذا وَلَدْتُهُ.

قَالَ: «اذْهَبِي، فَأَرْضِعِيهِ، حَتَّى تفطِميهِ».

فَلَمَّا فَطَمَتْهُ، أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ، وَفِي يَدِهِ كِسْرَةُ خُبْزٍ، فَقالَتْ: هَذاَ، يا نَبِيَّ اللَّهِ! قَدْ فَطَمْتُهُ، وَقَدْ أَكَلَ الطَّعَامَ، فَدَفَعَ الغُلامَ إلى رَجُلٍ مِنَ المُسْلِمِينَ، ثُمَّ أَمَرَ بِها، فَحُفِرَ لَها إلى صَدْرِها، وَأَمَرَ النَّاسَ أَنْ يرْمُوا.

وَأَقْبَلَ خَالِدُ بْنُ الوَلِيدِ، فَرَمى رَأْسَها، فتنضَّحَ الدَّمُ على وَجْهِهُ، فَسَبَّها، فَسَمِعَ النَّبِيُّ ﷺ سَبَّهُ إِيَّاهَا، فَقال: «مَهْلاً يَا خَالِدُ، فَوَالذِي نَفْسِي بيدِهِ، لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَو تَابَها صَاحِبُ مَكْسٍ، لَغَفَرَ اللَّهُ لَهُ».

ثُمَّ أَمَرَ بِها، فَصَلَّى عَلَيْها وَدُفِنَتْ[1].

---

(١) أخرجه مسلم في الحدود حديث ٢٣، وأبو داود في الحدود باب ٢٤، حديث ٤٤٤٢، والدارمي في الحدود باب ١٧، وأحمد في المسند ٥/٣٤٨.

وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ، فِي انْتِظارِ المَرْأَةِ الحَامِلِ، تُقِرُّ عَلى نَفْسِها بالزِّنى، إِلى أَنْ تَضعَ وَلَدَها، وتَفْطِمَهُ.

فَقَالَ مَالِكٌ: لا تحدُّ حتَّى تَضعَ، إِذا كَانَتْ مِمَّنْ يُجْلَدُ، وَإِنْ كَانَ رَجْماً، رُجِمَتْ بَعْدَ الوَضْعِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ، أَنَّها لا تُرْجَمُ حَتَّى تَجِدَ مَنْ يَكْفُلُ وَلَدَها بَعْدَ الرَّضَاعَةِ.

وَالمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِهِ، أَنَّهُ إِنْ وُجِدَ لِلصَّبِيِّ مَنْ يُرْضِعُهُ، رُجِمَتْ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لِلصَّبِيِّ مَنْ يُرْضِعُهُ، لَمْ تُرْجَمْ حَتَّى تفْطمَ الصَّبِيَّ، فَإِذَا فطمَ الصَّبِيُّ، رُجِمَتْ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لا تُحدُّ؛ حَتَّى تَضعَ، فَإِذا كَانَ جَلْداً، فَحتَّى تقال مِنَ النِّفاسِ، وَإِنْ كَانَ رَجْماً، رُجِمَتْ بَعْدَ الوَضْعِ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: أَمَّا الجَلْدُ؛ فَيُقَامُ عَلَيْها إِذَا وَلَدتْ، وَأَفَاقَتْ مِنْ نِفَاسِها، وأَمَّا الرَّجْمُ، فَلا يُقَامُ عَلَيْها حَتَّى تفْطمَ وَلَدَها، وَيُوجَدُ مَنْ يَكْفُلُهُ، اتِّباعاً لِلْحَدِيثِ فِي ذَلِكَ.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ، وَأَبِي حَنِيفَةَ: تُرْجَمُ إِذَا وَضَعَتْ.

وَرُوِي ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ، فِي شُرَاحَةَ الهَمذانِيَّةِ.

وَرُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَيْضاً، مِنْ ثَلاثَةِ أَوْجُهٍ، مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحمن السُّلميِّ، ومِنْ حَدِيثِ أَبِي جميلَةَ الطهوي، وَمِنْ حَدِيثِ عَاصِمِ بْنِ ضميرة، كُلّهم عَنْ عليٍّ، أَنَّ أَمَةً لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَبَعْضُهم يَقُول: لِبَعْضِ نِسَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، زَنَتْ، فَلَمَّا وَلَدتْ، أَمَرَنِي رَسُولُ الله ﷺ، أَنْ أَجْلِدَهَا، بَعْدَ مَا تَعَلَّتْ مِنْ نِفَاسِها، فَجَلَدْتُها.

أَخْبَرَنا أحمَدُ بْنُ سَعِيدِ بْنِ بشر، قالَ: حدَّثني ابْن أَبِي دليم، قالَ: حدَّثني ابْنُ وَضَّاحٍ، قَالَ: حدَّثني عَبْدُ العَزِيز بْنُ عمرَانَ بْنِ مقلاصٍ، قالَ: حدَّثني ابْنُ وَهْبٍ، قالَ: حدَّثني مُعَاوِيةُ بْنُ صَالِحٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، قَالَ: كَانَ ابن عَبَّاس يَقُولُ فِي وَلَدِ الزِّنى: لَو كَانَ شر الثلاثة، لَمْ يتأنَّ بِأُمِّهِ أَنْ تُرْجَمَ حَتَّى تَضعَهُ.

وَاخْتَلَفُوا فِي الحَفْرِ لِلْمَرْجُومِ.

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: يُحْفَرُ لَهُ.

وَرَووا ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ، فِي شراحةَ الهَمذانِيَّةِ، حِينَ أمرَ بِرَجْمِها.

وَبِهِ قَالَ قَتَادَةُ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَبُو ثَوْرٍ.

ذَكَرَ سنيدٌ، قالَ: حدَّثني هشيمٌ، قالَ: أَخْبرنا الأجلحُ، عَنِ الشَّعْبِيِّ، قَالَ: أُتِيَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، بِامْرَأَةٍ يُقَالُ لَها: شراحةُ. حُبْلى مِنَ الزِّنى.

فَقالَ لَها: لَعَلَّ رَجُلاً اسْتَكْرَهَكِ؟ قَالَتْ: لا.

قَالَ: فَلَعَلَّ رَجُلاً أَتاكِ فِي مَنامِكِ؟ قَالَتْ: لا.

قَالَ: فَلَعَلَّ زَوْجَكِ مِنْ عَدُوِّنا، فَأَتاكِ سِرّاً، فَأَنْتِ تَكْرَهِينَ أَنْ تُطْلِعِينَا عَلَيهِ؟

فَقالَتْ: لا.

فَأمرَ بِهَا فَحُبِسَتْ، فَلَمَّا وَضَعَتْ أَخْرَجَها يَوْمَ الخَمِيسِ، فَجَلَدَها مائة، ثُمَّ رَدَّها إلى السِّجْنِ، فَلَمَّا كَانَ يَوْمُ الجُمُعَةِ، أَخْرَجَها، فَحفرَ لَها حفيراً، فَأَدْخَلَها فِيهِ، وَأَحْدَقَ بِها النَّاسُ، لِرَمْيِها، فَقالَ: لَيْسَ هَكَذا الرَّجْمُ، إِنِّي أَخافُ أَنْ يُصِيبَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً، وَلَكِنْ صُفُّوا، كَمَا تَصفُّونَ لِلصَّلاةِ، ثُمَّ قَالَ: الرَّجْمُ رجْمَانِ:

رَجْمُ سِرٍّ، وَرَجْمُ عَلانِيَةٍ. فَمَا كَانَ مِنْهُ مِنْ إِقْرارٍ، فَأَوَّلُ مَنْ يَرْجمُ، الإِمَامُ، ثُمَّ النَّاسُ.

وَمَا كَانَ مِنْهُ بِبَيِّنَةٍ، فَأَوَّلُ مَنْ يَرْجمُ، البَينةُ، ثُمَّ الإِمَامُ، ثُمَّ النَّاسُ.

قَالَ: وحدَّثني يَحيى بْنُ زَكريَّا، عَنْ مُجالِدٍ، عَنِ الشَّعبيِّ، أَنَّ عَلِيّاً، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، حَفَرَ لشراحةَ بِنْتِ مَالِكٍ، إِلى الصرَّةِ.

وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يُحْفَرُ لِلْمَرْجُوم.

وَقَالَ ابْنُ القاسم: وَالمَرْجُومَةُ مِثْلُهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لا يُحْفَرُ لِلْمَرْجُوم، وَإِنْ حُفِرَ لِلْمَرْجُومَةِ، فَحَسَنٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ شَاءَ حَفَرَ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يحفرْ.

وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: أَكْثَرُ الأَحَادِيثِ عَلى أَنْ لا يحفرَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قال أبو عمر: قَدِ اسْتَدَلَّ بَعْضُ أَصْحَابِنا، عَلَى أَنْ لا يحفرَ لِلْمَرْجُوم، بِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ، فِي رَجْمِ اليَهُودِيَّيْنِ؛ قَالَ: لَو حَفَرَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما، كَانَ أَحَدُهُما لِيَحْنِي عَلى الآخرِ لِيَقِيَهُ الحِجَارَةَ.

١٥٢٦ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجُهَنِيِّ؛ أَنَّهُما أَخْبَرَاهُ أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ! اقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ، وَقَالَ الآخَرُ، وَهُوَ أَفْقَهُهُمَا: أَجَلْ. يَا رَسُولَ اللَّهِ! فَاقْضِ بَيْنَنا بِكِتَابِ اللَّهِ وَائذَنْ لِي أَنْ أَتَكَلَّمَ قَالَ:

١٥٢٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٦، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب ٣ (كيف كانت يمين النبي ﷺ) حديث ٦٦٣٣، ومسلم في الحدود، باب ٥ (من اعترف على نفسه بالزنى) حديث ٢٥، وأبو داود في الحدود حديث ٤٤٤٥، وأحمد في المسند ٤/ ١١٥، ١١٦.

«تكَلَّمْ» فقالَ: إنَّ ابْنِي كانَ عَسِيفاً عَلَى هذَا، فَزَنَى بِامْرأتِهِ، فَأَخْبَرَنِي أَنَّ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ، فَافْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمائَةِ شَاةٍ وَبِجَارِيَةٍ لِي، ثُمَّ إِنِّي سَأَلْتُ أَهْلَ العِلْمِ فأَخْبَرُونِي: أن مَا عَلَى ابْنِي جَلْدُ مائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ. وأَخْبَرُونِي أَنَّما الرَّجْمُ عَلَى امْرَأَتِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: «أَمَا وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُما بِكِتَابِ اللَّهِ، أَمَّا غَنَمُكَ وَجَارِيَتُكَ فَرَدٌّ عَلَيْكَ»، وَجَلَدَ ابْنَهُ مائَةً. وَغَرَّبَهُ عَاماً، وَأَمَرَ أُنَيْساً الأَسْلَمِيَّ أَنْ يَأْتِيَ امْرَأَةَ الآخَرِ، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ، رَجَمَهَا، فَاعْتَرَفَتْ، فَرَجَمَهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَالعَسِيفُ الأَجِيرُ.

قال أبو عمر: قَدْ ذَكَرْنا الاخْتِلافَ عَلى مَالِكٍ، وَالاخْتِلافَ عَلى ابْنِ شِهَابٍ، فِي إِسْنَادِهِ حَدِيثَ هَذا البَابِ، وَذَكَرْنا مَنْ جَمَعَ فِيهِ مَعَ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ، وَمَنْ رَوَاهُ، فَجَعَلَهُ بِهَذَا الإِسْنَادِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ خَاصَّةً، وَمَنْ جَعَلَهُ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ خَاصَّةً، وَمَنِ اخْتَصَرَ وَجَعَلَهُ عَنْ زَيْدٍ.

وَأَمَّا مَنْ جَعَلَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، فَكُلُّهُمْ أَتى بِهِ بِكَمَالِهِ.

وَذَكَرْنا أَنَّ ابْنَ عُيَيْنَةَ، ذَكَرَ فِيهِ مَعَ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ شبلا، فَأَخْطَأَ فِيهِ؛ لأَنَّ شبلاً إِنَّما ذَكَرَهُ ابْنُ شِهَابٍ، فِي حَدِيثِ الأَمَةِ إِذَا زَنَتْ، وَلَمْ تحصْن.

وَقَدْ أَوْضَحْنَا ذَلِكَ كُلَّهُ، عَنِ الرُّوَاةِ، فِي «التَّمْهِيدِ»، وَالحَمْدُ للَّهِ كثيراً.

قال أبو عمر: لَمْ يُذْكَرْ فِي هَذا الحَدِيثِ، إِقْرَارُ الزَّانِي بِالزِّنى، وَهُوَ قَوْلٌ عَقِلَهُ الرَّاوِي؛ إِذْ عَوَّلَ فِي تَرْكِهِ، عَلى عِلْمِ العَامَّةِ، فَضْلاً عَنِ الخَاصَّةِ، أَنَّهُ لا يُؤْخَذُ أَحَدٌ بِإِقْرَارِ أَبِيهِ عَلَيْهِ، وَلاَ إِقْرَارِ غَيْرِهِ، وَالَّذِي تَشْهَدُ لَهُ الأُصُولُ أَنَّ الابْنَ كَانَ حَاضِراً، فَصدقَ أَباهُ فيما قَالَ عَلَيهِ، وَنسبَ إِلَيْهِ، وَلَوْلا ذَلِكَ، مَا أَقامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، حَدّاً بِقَوْلِ أَبِيهِ؛ لقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجلَّ: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: ١٦٤].

وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لأَبِي زَمْعَةَ، فِي ابْنِهِ: «إِنَّكَ لا تجني عَلَيهِ، وَلا يجني عليكَ»[(١)].

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات باب ٢، والترجل باب ١٨، والنسائي في القسامة باب ٤٢، وابن ماجه في الديات باب ٢٦، والدارمي في الديات باب ٢٥، وأحمد في المسند ٣/ ٤٩٩، ٤/ ١٦٣، ٣٤٥، ٥/ ٨١.

ولفظ الحديث بتمامه عند أبي داود: عن أبي رمثة قال: انطلقت مع أبي نحو النبي ﷺ، ثم إن رسول الله ﷺ قال لأبي: ابنك هذا؟ قال: أي ورب الكعبة، قال: حقاً؟ قال: أشهد به، قال: فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكاً من ثبت شبهي بأبي، ومن حلف أبي علي، ثم قال: أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه. وقرأ رسول الله ﷺ: **﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾**.

وَفِي هَذا الحدِيثِ دُرُوبٌ مِنَ العِلْمِ:

منها: أنَّ أولى النَّاسِ بِالقَضَاءِ بَيْنَهُم، الخَلِيفَةُ؛ إذا كَانَ عَالِماً بِوُجُوه القَضاءِ.

وَمِنها أنَّ المُدَّعِي، أولى بِالقَوْلِ، وَأحَقُّ أنْ يتقدَّمَ بِالكَلام.

وَمِنْها، أنَّ البَاطِلَ مِنَ القَضَاءِ مَرْدُودٌ أبَداً، وَأنَّ مَا خَالَفَ السُّنَّةَ بَاطِلٌ، لا يَنفُذُ، وَلَا يَمْضِي.

وَمِنْها، أنَّ مَا قبضَهُ الَّذِي يَقْضِي بِهِ، وَكانَ القَضاءُ خَطَأً، مُخَالِفاً لِلسُّنَّةِ المُجتمعِ عَلَيْها، لَا يدخلُهُ قَبضُهُ لَهُ (فِي ملْكِهِ)، وَلا يصحُّ ذَلِكَ لَهُ.

وَفِيهِ: أنَّ العَالِمَ يفْتِي فِي مصْرٍ فِيهِ مَنْ هُوَ أعْلَمُ مِنْهُ.

ألا ترى أنَّ الصَّحَابَةَ، كَانُوا يفْتُونَ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

وَرُوِيَ عَنْ عِكْرِمَةَ بْنِ خَالِد، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أنَّهُ سُئِلَ، عَنْ مَنْ كَانَ يفْتِي فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقالَ: أبُو بَكْرٍ، وَعُمَرُ وَلا أعْلَمُ غَيْرَهُما.

وَقالَ القاسِمُ بْنُ مُحمدٍ: كَانَ أبُو بَكْرٍ، وَعُمَرُ، وَعُثْمَانُ، وَعَلِيٌّ، يفْتُونَ، عَلى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

وَروى مُوسى بْنُ مَيْسَرَةَ، عَنْ مُحمدِ بْنِ سَهْلِ بن أبي حَثْمةَ، عَنْ أبِيهِ قَالَ: كَانَ الَّذِينَ يفْتُونَ عَلى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثلاثة من المُهَاجِرِينَ؛ عُمَرُ، وَعُثْمَانُ، وعَلِيٌّ، وَثَلاثَةٌ مِنَ الأنْصَارِ؛ أُبَيُّ بْنُ كَعْبٍ، وَمُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابت.

وَروى الفضيلُ بْنُ أبي عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ الأسْلميِّ، عَنْ أبِيهِ، قَالَ: كَانَ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَوْفٍ، مِمَّنْ يفْتِي فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

وَذَكَرَ الوَاقِدِيُّ، قَالَ: حدَّثني أيُوبُ بْنُ النُّعْمانِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ أبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، عَنْ كَعبِ بْنِ مَالِكٍ، قَالَ: كَانَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ، يفْتِي فِي المَدِينَةِ، فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَأبِي بَكْرٍ.

وَكَانَ عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ يَقُولُ: إنْ خَرجَ مُعَاذٌ إلى الشَّامِ: لَقَدْ أخَلَّ خُرُوجُهُ بِالمَدِينَةِ وَأهْلِها، فيما كَانَ يفْتِيهم، وَلَقَدْ كُنْتُ كَلَّمْتُ أبَا بَكْرٍ أنْ يحبسَهُ؛ لِحَاجَةِ النَّاسِ إلَيْهِ، فَأبى عَلِيٌّ، وَقَالَ: رَجُلٌ أرَادَ وَجْها، يَعْنِي الشَّهادَةَ، لا أحبسُهُ.

فَقُلْتُ: إنَّ الرَّجُلَ لَيُرْزَقُ الشَّهادَةَ، وَهُوَ عَلى فِرَاشِهِ، فِي عَظِيمِ عَنائِهِ عَنْ أهْلِ مصْرِهِ.

قَالَ الوَاقِدِيُّ: قَالَ: وَحدَّثَنِي مُوسى بْنُ عَلي بْنِ رَبَاحٍ، عَنْ أبِيهِ، قَالَ: خَطَبَ عُمَرُ بِالجَابِيَةِ، فَقالَ: مَنْ أرَادَ أنْ يَسْألَ عَنِ الفِقْهِ، فَلْيأْتِ مُعَاذَ بْنَ جَبَلٍ.

وَأمَّا قَوْلُهُ فِي هَذا الكِتَابِ: لأقْضِيَنَّ بَيْنَكُما بِكِتَابِ اللَّهِ، فَلأهْلِ العِلْمِ فِي ذَلِكَ قَوْلانِ:

أحدُهما: أنَّ الرَّجْمَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، عَلى مَذْهَبِ مَنْ قَالَ: إنَّ مِنَ القُرآنِ مَا نُسِخَ خَطُّهُ، وَثَبَتَ حُكْمُهُ، وَقَدْ أجْمعُوا أنَّ مِنَ القُرْآنِ مَا نُسِخَ حُكْمُهُ، وَثَبَتَ خَطُّهُ، وَهَذَا فِي القِيَاسِ مِثْلُهُ.

وَقَدْ ذَكَرْنا هَذا المَعْنى، فِي كِتَابِ الصَّلاَةِ، عِنْدَ قَوْلِهِ: ﴿حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ﴾ [البقرة: ٢٣٨] وَصلاةِ العَصْرِ، ﴿وَقُومُواْ لِلَّهِ قَٰنِتِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٨].

وَمَنْ ذَهَبَ هَذَا المَذْهَبَ، احْتَجَّ بِقَوْلِ عُمَرَ: الرَّجْمُ فِي كِتَابِ اللَّهِ حَقٌّ عَلى مَنْ زَنى، مِنَ الرِّجَالِ، وَالنِّساءِ، إذَا أحْصنَ.

وَقولُهُ: لَوْلا أنْ يُقالَ: إنَّ عُمَرَ زَادَ فِي كِتَابِ اللَّهِ. لَكَتَبْتُها: الشَّيْخُ، وَالشَّيْخَةُ، إذَا زَنَيَا، فَارْجُمُوهُمَا ألْبَتَّة، فَإنَّا قَدْ قَرَأْنَاهَا.

وَسَنَذْكُرُ مَا لِلْعُلماءِ فِي قَوْلِ عُمَرَ هَذا، مِنَ التَّأْوِيلِ، فِي مَوْضِعِهِ مِنْ هَذا البَابِ، إنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ.

وَمِنْ حُجَّتهِ أيْضاً؛ ظَاهِرُ هَذا الحَدِيثِ، قَوْلُهُ ﷺ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لأقْضِيَنَّ بِكِتَابِ اللَّهِ». ثُمَّ قَالَ لأنَيْسٍ: «لئن اعْتَرفَتِ امْرَأةُ هَذَا، فَارْجُمْها»، فَرَجَمَها.

وَالقولُ الآخَرُ: أنَّ مَعْنى قَوْلِهِ عَليهِ السَّلاَمُ: «لأقْضِيَنَّ بَيْنَكُما بِكِتَابِ اللَّهِ، وَلأحْكُمَنَّ بَيْنَكَما بِحُكْم اللَّهِ، وَلأقْضِينَّ بَيْنَكُمَا بِقَضَاءِ اللَّهِ».

وَهَذا جَائِزٌ فِي اللُّغَةِ.

قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجلَّ: ﴿كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] أيْ: حُكْمُهُ فِيكُمْ، وَقَضَاؤُهُ عَلَيْكُمْ.

عَلى أنَّ كُلَّ مَا قَضى بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَهُوَ حُكْمُ اللَّهِ عَزَّ وَجلَّ، وَقَدْ أوْضَحْنا هَذا المَعْنى فِي «التَّمْهِيدِ».

وَمِنْهُ قَوْلُ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فِي شُراحةَ الهَمذانيَّةِ، جَلَدْتُها بِكِتَابِ اللَّهِ، وَرَجَمْتُها بِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

وَقَدْ تُطْلَقُ عَلى السُّنَّةِ: التِّلاوةُ بِظَاهِرِ قَوْلِ اللَّهِ تَعالى: ﴿وَٱذْكُرْنَ مَا يُتْلَىٰ فِى بُيُوتِكُنَّ مِنْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ وَٱلْحِكْمَةِ﴾ [الأحزاب: ٣٤]، قَالُوا: القُرآنُ وَالسُّنَّةُ.

وَفِيهِ أنَّ الزَّانِي، إذَا لَمْ يحْصَنْ، حَدُّهُ الجَلْدُ دُونَ الرَّجْمِ، وَهَذا مَا لا خِلاَفَ بَيْنَ أحَدِ مِنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ ﷺ.

قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢].

وَأجْمَعُوا أنَّ الأبْكَارَ دَاخِلُونَ فِي هَذَا الخِطَابِ.

وَأجْمعَ الجُمْهورُ، مِنْ فُقَهاءِ المُسْلِمِينَ، أَهْلِ الفِقْهِ وَالأثَرِ، مِنْ لَدُن الصَّحابَةِ، إلى يَوْمِنا هَذا، أنَّ المُحْصنَ مِنَ الزُّنَاةِ، حَدُّهُ الرَّجْمُ، وَاخْتَلَفُوا هَلْ عَلَيْهِ مَعَ ذَلِكَ جَلْدٌ، أمْ لا؟.

فَقالَ أكْثَرُهُمْ: لا جَلْدَ عَلى المُحْصَنِ، إنَّما عَلَيهِ الرَّجْمُ فَقطْ.

وَمِنْ حُجَّتِهِمْ فِي هَذَا الحَدِيثِ: «فَإنِ اعْترَفَتْ، فَارْجُمْها». وَلَمْ يَقُلْ: اجْلِدْها، ثُمَّ ارْجُمْها.

وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ: مَالِكٌ، وَأبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِي وَأصْحَابُهُمْ، وَالثَّوْرِيُّ، وَالأوْزاعِيُّ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَالحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ، وَابْنُ أبِي لَيلى، وَابْنُ شبْرمَةَ، وَأحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، وَأبُو ثَوْرٍ، وَالطبريُّ، كُلُّ هَؤُلاءِ، يَقُولُ لا يَجْتَمِعُ جَلْدٌ وَرَجْمٌ.

وَقَالَ الحَسَنُ البَصْريُّ، وَإسْحاقُ بْنُ رَاهويه، وَدَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ: الزَّانِي المُحْصَنُ، يُجْلَدُ، ثُمَّ يُرْجَمُ.

وَحُجَّتُهُمْ عُمُومُ الآيَةِ فِي الزُّنَاةِ، فِي قَوْلِهِ تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، فَعمَّ الزُّناةَ، وَلَمْ يَخُصَّ مُحْصَناً مِنْ غَيْرِ مُحْصَنٍ.

وَحدِيثُ عُبادَةَ بْنِ الصَّامِتِ عَنِ النَّبيِّ ﷺ، أنَّهُ قَالَ: «خُذُوا عَنِّي، لَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً، البِكْرُ بِالبِكْرِ جَلْدُ مائَةٍ، وَنَفْيُ عَامٍ، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ، وَالرَّجْمُ بِالحِجَارَةِ»[1].

وَحَدِيثُ عَلِيٍّ، رضي اللَّهُ عَنْهُ، فِي رَجْمِ شراحةَ الهَمذانيَّةِ، بَعْدَ جَلْدِهِ لَهَا.

وَرَوَى أبُو حُصَيْنٍ، وَإسْمَاعيلُ بْنُ أبي خَالِدٍ، وَعَلْقَمةُ بْنُ مرثدٍ، عَنِ الشَّعْبِيِّ، بِمَعْنى وَاحِدٍ، قَالَ: أُتِيَ عَلِيٌّ بِزانِيَةٍ، فَجَلَدَهَا يَوْمَ الخَمِيس، وَرَجَمَها يَوْمَ الجُمْعَةِ، ثُمَّ قالَ: الرَّجْمُ رَجْمانِ: رَجْمُ سِرٍّ، وَرَجْمُ عَلانِيَةٍ فَأمَّا رَجْمُ العَلانِيَةِ؛ فَالشُّهُودُ ثُمَّ الإمَامُ ثُمَّ النَّاسُ، وَأمَّا رَجْمُ السِّرِّ فالاعْتِرافِ؛ فَالإمَامُ، ثُمَّ النَّاس.

وَحُجَّةُ الجُمْهُورِ، أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَجَمَ مَاعِزاً الأسْلَمِيَّ، وَرَجَمَ اليَهُودِيَّيْنِ، وَرَجَمَ امْرَأةً مِنْ جُهَيْنَةَ، وَامْرَأةً مِنْ عَامِرٍ، وَلَمْ يَجْلِدْ وَاحِداً مِنْهُمْ، وَقَدْ ذَكَرْنا الآثَارَ بِذَلِكَ فِي «التَّمهِيدِ»، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلى أنَّ الآيَةَ قصدَ بِها مَنْ لَمْ يُحصنْ مِنَ الزُّنَاةِ.

---

(١) أخرجه البخاري في تفسير سورة ٤، في الترجمة ومسلم في الحدود ١٢، ١٣، ١٤، وأبو داود في الحدود باب ٢٣، حديث ٤٤١٥، والترمذي في الحدود باب ٨، وابن ماجه في الحدود باب ٧، والدارمي في الحدود باب ١٩، وأحمد في المسند ٣/ ٤٧٦.

وَرَجَمَ أبو بَكْرٍ، وَعُمَرُ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهما، وَلَمْ يَجْلِدَا.

وَمِنْ أَوْضَح شَيءٍ فِي هَذا المَعْنَى وَأَصَحهِ، حَدِيثُ ابْنِ شِهابٍ فِي هَذا البَابِ؛ وفِيهِ أَنَّهُ جَلَدَ البِكْرَ، وَغَرَّبَهُ عاماً، وَرَجَمَ المَرْأَةَ، وَلَوَ جَلَدَ لَنُقِلَ ذَلِكَ كَما نُقِلَ أَنَّهُ رَجَمَها، وَكَانَتْ ثَيِّباً.

وَهَذا كُلُّهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ حَدِيثَ عُبادَةَ مَنْسُوخٌ؛ لأنَّهُ كَانَ فِي حِينِ نُزُولِ الآيَةِ فِي الزُّنَاةِ، وَذَلِكَ أَنَّ الزُّنَاةَ، كَانَتْ عُقُوبَتُهُمْ إِذَا شَهِدَ عَلَيهِم أَرْبَعَةٌ مِنَ العُدُولِ، أَنْ يمْسكُوا فِي البُيُوتِ إِلى المَوْتِ، أو يجعلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً، فَلَمَّا نَزَلَتْ آيَةُ الجَلْدِ، الَّتِي فِي سُورَةِ النُّورِ، قَامَ ﷺ، فَقالَ: «خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً» الحَدِيثُ كَما ذَكَرْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ عُبَادَةَ، فَكَانَ هَذا فِي أَوَّلِ الأَمْرِ، ثُمَّ رَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَماعَةً وَلَمْ يَجْلِدْ مَعَ الرَّجْمِ، فَعَلِمْنَا أَنَّ هَذا حُكْمٌ أَحْدَثَهُ اللَّهُ تَعالى، نُسِخَ بِهِ مَا قَبْلَهُ.

وَمِثْلُ هَذا كَثِيرٌ فِي أَحْكَامِهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَأَحْكَامِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، لِيَبْتَلِيَ عِبادَهُ، وَإِنَّما يُؤْخَذُ بالأَحْدَثِ، فَالأَحْدَثِ، مِنْ أَمْرِهِ ﷺ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[1]، عَنْ مَعمرٍ، عَنِ الزهريِّ، أَنَّهُ كَانَ يُنْكِرُ الجَلْدَ مَعَ الرَّجْمِ، ويَقُولُ: رَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَلَمْ يَجْلد.

وَعَنِ الثَّوْرِيِّ، عَنْ مُغِيرَةَ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، قَالَ: لَيْسَ عَلى المَرْجُومِ جَلْدٌ، بَلَغَنا أَنَّ عُمَرَ رَجَمَ، وَلَمْ يَجْلِدْ.

قال أبو عمر: قَدْ ذَكَرْنا عَنْ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ رَجَمَ، وَلَمْ يَجْلِدْ، آثاراً كَثِيرَةً، فِي «التَّمْهِيدِ».

وَفِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ قَوْلٌ ثَالِثٌ؛ وَهُوَ أَنَّ الثَّيِّبَ مِنَ الزُّنَاةِ، إِنْ كَانَ شَابًا، رُجِمَ، وَإِنْ كَانَ شَيْخاً، جُلِدَ وَرُجِمَ.

وَقَالَه مَسْرُوقٌ: وَقَالَتْ بِهِ فِرْقَةٌ مِنَ أهل الحَدِيثِ.

وَهُوَ قَوْلٌ ضَعِيفٌ، لا أَصْلَ لَهُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَسَانِيدَ بِذَلِكَ عَنْ مَسْرُوقٍ فِي «التَّمْهِيدِ».

فَهَذا مَا لِلْجَمَاعَةِ، أَهْلِ السُّنَّةِ مِنَ الأَقَاوِيلِ، فِي هَذا البَابِ.

وَأَمَّا أَهْلُ البِدَعِ وَالخَوَارِجِ مِنْهُم، وَمَنْ جَرى مَجْراهُم مِنَ المُعْتَزلَةِ، فَإِنَّهُمْ لا يَرَوْنَ الرَّجْمَ عَلى زَانٍ مُحْصَنٍ، وَلا غَيرِ مُحْصَنٍ، وَلا يَرَوْنَ عَلى الزُّنَاةِ إِلا الجَلْدَ،

---

(١) المصنف: ٧/ ٣٢٨.

وَلَيْسَ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ، مِمَّنْ يعرجُ عَلى قَوْلِهِمْ، وَلا يعدُّونَ خِلافاً.

وَروى حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ، وَحَمَّادُ بْنُ سَلَمةَ، وَهشيمٌ، وَالمُبارَكُ بن فضالَةَ وأشْعَثُ، كُلُّهُمْ عَنْ عَلِيِّ بْنِ زَيْدٍ، وَحَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، عَنْ يُوسُفَ بْنِ مهْرانَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: سَمِعتُ عُمَرَ بْنَ الخطَّابِ، رضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، يَقُولُ: أَيُّها النَّاسُ! إنَّ الرَّجْمَ حَقٌّ، فَلا تخدعَنَّ عَنْهُ، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَدْ رَجَمَ، وَكَذلِكَ أَبو بَكْرٍ، وَرَجَمْنَا بَعْدهُما، وَسَيَكُونُ قَوْمٌ مِنْ هَذِهِ الأمَةِ يُكَذِّبُونَ بِالرَّجْمِ، وَبِالدَّجَّالِ، وَبِطُلُوعِ الشَّمْسِ مِنْ مَغْرِبها، وَبِعَذَابِ القَبْرِ، وَبِالشَّفَاعَةِ، وَبِقَوْمٍ يَخْرُجُونَ مِنَ النَّارِ بَعْدَ مَا امْتحشوا[1].

قال أبو عمر: الخَوارِجُ، وَالمُعْتَزِلَةُ، يُكَذِّبُونَ بِهَذا كُلِّهِ، عَصَمَنَا اللَّهُ مِنَ الضَّلالِ بِرَحْمَتِهِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: وَجَلَدَ ابْنَهُ مائَةً، وَغَرَّبَهُ عَاماً، فَلا خِلافَ بَيْنَ عُلَماءِ المُسْلِمِينَ أَنَّ ابْنَهُ كَانَ بِكْرَ، وَأَنَّ الجَلْدَ حَدَّ البِكْرِ، مِائَةُ جِلْدَةٍ، واخْتَلَفُوا فِي التَّغْرِيب:

فَقَالَ مَالِكٌ: يُنْفى الرَّجُلُ، وَلا تُنْفى المَرأةُ، وَلا العَبْدُ، وَمَنْ نُفِيَ، حُبِسَ فِي المَوْضِعِ الَّذِي نُفِيَ إِلَيْهِ.

وَقَالَ الأوْزَاعِيُّ: لا تُنْفى المَرأةُ، وَيُنْفى الرَّجُلُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُ: لا نَفْيَ عَلى زَانٍ، وَإِنَّما عَلَيهِ الحَدُّ، رَجُلاً كَانَ أَوِ امْرأَةً، حُراً كَانَ، أو عَبْداً.

وَقَالَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ وَأَصْحابُهُ، وَالحَسَنُ بْنُ حَيّ: يُنْفَى الزَّانِي، إذا جُلِدَ الحَدَّ، رَجُلاً كَانَ أوِ امْرأَةً، حُرا كَانَ أو عَبْداً.

وَاخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافعيِّ، فِي نَفْيِ العَبِيدِ؛

فَقَالَ مَرَّةً: أَسْتَخِيرُ اللَّهَ فِي نَفْيِ العَبِيدِ.

وَقَالَ مَرَّةً: يُنْفَى العَبْدُ نِصْفَ سَنَةٍ.

وَقَالَ مَرَّةً أُخْرى: سَنَةً إِلى غَيْرِ بَلَدِهِ.

وَبِهِ قَالَ الطَّبريُّ.

قال أبو عمر: مِنْ حُجَّةِ مَنْ غَرَّبَ الزّنَاةَ، مَعَ حَدِيثنا هذا وَقوله فِيهِ: وَجَلَد ابْنَهُ مائَةً، وَغَرَّبَهُ عَاماً: حَدِيثُ عُبادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ، أَنَّهُ قَالَ: «البِكْرُ بِالبِكر، جَلْدُ مائَةٍ، وَتَغْرِيبُ عَامٍ»[2].

لَمْ يَخُصَّ عَبْداً مِنْ حُرٍّ.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٧/ ٣١٥.

(٢) تقدم الحديث مع تخريجه.

حدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيَانَ، قالَ حَدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبغ، قَالَ: حدَّثني أحْمَدُ بْنُ زهيرٍ، وَبَكْرُ بْنُ حَمَّادٍ، قَالَ أحْمدُ: حدَّثني أبِي، وقَالَ بَكرٌ: حدَّثني مُسددٌ، قَالَ: حَدَّثني يَحْيَى القَطَّانُ، عَنِ ابْنِ أبِي عَرُوبَةَ، عَنْ قَتادَةَ، عَنِ الحَسَنِ بْنِ حطانَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الرَقاشيِّ، عَنْ عُبادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً؛ الثَّيِّبُ جَلْدُ مائَةٍ، وَرَجْمٌ بِالحِجَارةِ، وَالبِكْرُ جَلْدُ مِائَةٍ، ثُمَّ نَفْيُ سَنَةٍ.

وَحَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ أنَّ النبِيَّ ﷺ، ضَرَبَ، وغَرَّبَ، وَأنَّ أبَا بَكْرٍ، ضَرَبَ وَغرَّبَ، وَأنَّ عُمَرُ، ضَرَبَ، وَغَرَّبَ، وَقَدْ ذَكَرْتُ إسْنَادَهُ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يَرَ النَفْيَ عَلى العَبِيدِ، حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ، فِي الأمَةِ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ ذَكَر فِيهِ الحَدَّ، دُونَ النَّفي.

وَمَنْ رَأى نَفْيَ العَبِيد، زَعَمَ أنَّ حَدِيثَ الأمَةِ، مَعْنَاهُ التَّأدِيبُ لا الحَدُّ.

وحُجَّةُ مَنْ لَمْ يَرَ نَفْيَ النِّسَاءِ، مَا يخْشى عَلَيْهِنَّ مِنَ الفِتْنَةِ.

وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنَّهُ لَمْ يَرَ نَفْيَ النِّسَاء.

وَمِنْ حُجَّةِ مَنْ لَمْ يَرَ النَّفْيَ عَلى الزَّانِي، ذَكَراً وَلا أُنْثى، حُرّاً وَلا عَبْداً، أنَّ اللَّهَ عَزَّ وجَلَّ ذَكَرَ الجَلْدَ، وَلَمْ يَذْكُرْ نَفْياً.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَغَيْرُهُ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[1]، عَنْ مَعمرٍ، عَنِ الزُّهريِّ عَنِ ابْنِ المُسَيَّب، قَالَ: غَرَّبَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رَبِيعَةَ بْنِ أمَيَّةَ بْنِ خَلَفٍ فِي الخَمْرِ، إلى خَيْبَرَ، فَلَحِقَ بِهِنَّ، قَالَ: وَقالَ: عُمَرُ: لا أُغَرِّبُ مُسْلِماً بَعْدَهَا أبَداً.

قَالَ: وَلَو كَانَ النَّفْيُ حَدّاً مَا تَرَكَهُ عُمَرُ.

قال أبو عمر: يُحْتَمَلُ أنْ يَكُونَ عُمَرُ قَالَ ذَلِكَ فِي حَدِّ الخَمْرِ؛ لأنَّهُ مَأْخُوذٌ اجْتِهاداً، وَقَدْ صَحَّ عَنْهُ أنَّهُ نَفى فِي الزِّنى مِنْ طُرُقٍ شَتَّى.

وَرَوى عبْدُ الرَّزَّاقِ[2]، عنْ أبِي حَنيفَةَ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ إبْرَاهِيمَ، قَدْ قَالَ عَبْدُ الله بْنِ مسعود، فِي البِكْرِ يَزْنِي بِالبِكْرِ: يُجْلَدانِ مائَةً، وَيُنْفَيَانِ سَنَةً.

قَالَ: فَقالَ عَلِيٌّ: حَسْبُهُما مِنَ الفِتْنَةِ أنْ يُنْفَيا.

قال أبو عمر: قَدْ ثَبَتَ عَنْ أبِي بَكْرٍ، وَعُمَرَ، وَعَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، أنَّهُمْ

---

(١) المصنف ٧/ ٣١٤.
(٢) المصنف ٧/ ٣١٢.

غَرَّبُوا، وَنَفُوا فِي الزِّنى، بِأَسَانِيدَ أَحْسَنَ مِنَ الَّتِي ذَكَرَها الكُوفِيُّونَ.

مِنْها مَا رَوَاهُ عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضَرَبَ، وَغَرَّبَ، وَأَنَّ أَبَا بَكْرٍ، ضَرَبَ، وَغَرَّبَ، وَأَنَّ عُمَرَ، ضَرَبَ، وَغَرَّبَ(١).

إلا أَنَّهُ قَدِ اخْتُلِفَ فِي إِسْنَادِ هَذَا الحَدِيثِ، فَاضْطربَ فِي رَفْعِهِ وَاتِّصَالِهِ.

وَرَوى أَيُّوبُ، وَعُبَيْدُ اللَّهِ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ عُمَر، نَفى إلى فَدكٍ.

وَعَنِ الثَّورِيِّ، عَنْ أَبِي إِسْحاقَ أَنَّ عَلِيًّا، نَفَى مِنَ الكُوفَةِ إلى البَصْرَةِ.

وَقَالَ مَعمرُ بْنُ جريج: سُئِلَ ابْنُ شِهَابٍ: إلى كَمْ يُنْفى الزَّانِي؟.

فَقَالَ: عُمَرُ نَفَاهُ مِنَ المَدِينَةِ إلى البَصْرَةِ، وَمِنَ المَدِينَةِ إلى خَيْبَرَ.

وَقالَ ابْنُ جُرِيجٍ: قُلْتُ لِعَطَاءٍ: نُفي مِنْ مَكَّةَ إِلى الطَّائِفِ؟

قَالَ: حَسْبُهُ ذَلِكَ.

وَفي الحَدِيثِ أَيضاً قَوْلُهُ: إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفاً عَلى هَذا، فَزَنى بِامرَأَتِهِ.

وَهَذا قَذْفٌ مِنْهُ لِلْمَرْأَةِ، إِلا أَنَّها لَمَّا اعْتَرفَتْ بِالزِّنى، سَقطَ حُكْمُ قَذْفِها.

وَقَدِ اخْتَلَفَ قَوْلُ العُلماءِ فِي مَنْ أَقَرَّ بِالزِّنى بِامْرَأَةٍ بِعَيْنِها، وَجَحَدَتْ:

قَالَ مَالِكٌ: يُقَامُ عَلَيْهِ حَدُّ الزِّنى، وَإِنْ طَلَبَتْ حَدَّ القَذْفِ، أُقِيمَ عَلَيهِ أَيْضاً.

قَالَ: وَكَذَلِكَ لَو قَالَتْ: زَنى بِي فُلانٌ. وَجَحَدَ، حُدَّتْ لِلْقَذْفِ، ثُمَّ لِلزِّنى.

وَبِهَذا قَالَ الطبريُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لا حَدَّ عَلَيهِ لِلزِّنى، وَعَلَيهِ حَدُّ القَذْفِ، وَلَها مِثْلُ ذَلِكَ، أَنْ قَالَتْ مِثْلَ ذَلِكَ؛ لأَنَّهُ لا يجْتمعُ عِنْدَهُ الحَدَّان.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحمد، وَالشَّافِعِيُّ: لا يحدُّ مَنْ أَقَرَّ مِنْهُما لِلزِّنى فَقَطْ؛ لأَنَّا قَدْ أَحطْنَا عِلْماً أَنَّهُ لا يَجِبُ عَلَيهِ الحَدَّانِ جَمِيعاً؛ لأَنَّهُ إِنْ كَان زَانِياً، فَلا حدَّ عَلى قَاذِفِهِ، فَإِذا أُقِيمَ عَلَيهِ حَدُّ الزِّنى، لَمْ يُقَمْ عَلَيهِ حَدُّ القَذْفِ.

وَقَالَ الأَوْزَاعِيُّ: يُحدُّ لِلْقَذْفِ، وَلا يُحدُّ لِلزِّنى.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيلى: إِذَا أَقَرَّ هُوَ بِالزِّنى، وَجَحَدَتْ هِيَ، جُلِدَ، وَإِنْ كَانَ مُحْصَناً لَمْ يُرجَمْ.

وَفِي هَذا الحَدِيثِ أَيْضاً، أَنَّ لِلإِمَامِ، أَنْ يَسأَلَ المَقْذُوفَ، فَإِنِ اعْتَرفَ، أَقَامَ عَليهِ الوَاجِبَ، وَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ، وَطَلَبَ القَاذِفَ، أَخَذَ لَهُ بِحَدِّهِ.

وَهَذا مَوْضعٌ اخْتَلَفَ فِيهِ الفُقَهاءُ:

---

(١) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ١١.

فقَالَ فِيهِ مَالِكٌ: لا يحدُّ الإِمَامُ القَاذِفَ، حتَّى يُطالِبَهُ المَقْذُوفُ، إلا أنْ يَكُونَ الإِمَامُ سَمِعَهُ، فَيحدُّهُ إنْ كَانَ مَعَهُ شُهُودٌ غَيْرُهُ عُدُولٌ.

قَالَ: وَلَو أنَّ الإِمَامَ، شَهدَ عِنْدَهُ شُهُودٌ عُدُولٌ، عَلى قَاذِفٍ، لَمْ يُقِمِ الحَدَّ حَتَّى يُرْسِلَ إلى المَقْذُوفِ، وَينظرَ مَا يَقُولُ، لَعَلَّهُ يُرِيدُ ستْراً عَلى نَفْسِهِ.

وَقَالَ أبو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُ، وَالأوْزَاعِيُّ، وَالشَّافِعِيُّ: لا يُحَدُّ القَاذِفُ، إلا بِمُطَالَبَةِ المَقْذُوفِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: «وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ، عَلى امْرَأة هَذَا، فَإنِ اعْتَرفَتْ، فَارْجُمْهَا».

فَإنَّهُ أقامَهُ مقامَ نَفْسِهِ فِي ذَلِكَ، وَسَبِيلُهُ فِي ما أمَرَهُ بِهِ سَبِيلُ الوكيل، يُنفذُ لِمَا أَمَرَهُ بِهِ موكِلهُ.

وَفِي هَذا الحَدِيثِ مَعَانٍ قَدْ ذَكَرْتُها فِي «التَّمْهِيدِ». وَذَكَرْتُ وَجْهَ كُلِّ مَعْنى مِنْها، وَمَوْضِعَ اسْتِنباطِهِ مِنَ الحَدِيثِ، لَمْ أرَ لِذِكْرِها هَا هُنَا وَجْهاً؛ لأنَّ كِتَابِي هَا هُنا، لَمْ يَكُنِ الغَرَضُ فِيهِ وَالمَقْصدُ إلا إيرادُ مَا اخْتلفَ فِيهِ العُلماءُ مِنَ المَعَانِي التِي رسمها المُوَطَّأ.

وَأمَّا قَوْلُ مَالِكٍ: العَسِيفُ الأجِيرُ، فَهُوَ كَما قَالَ عَنْدَ أهْلِ العِلْمِ بِاللُّغَةِ، في معنى هَذَا الحَدِيثِ، وَقَدْ يَكُونُ العَسِيفُ العبدُ وَيَكُونُ السَّائِلُ.

قَالَ المرار الجلي، يَصِفُ كَلْباً:

أَلِفَ النَّاسَ فَمَا يَنْبَحُهُمْ ... مِنْ عَسِيفٍ يَبْتَغِي الخَيرَ وحرّ[1]

يَعْنِي: مِنْ عَبْدٍ، وحرٍّ.

وَقَالَ أبُو عَمْرِو الشَّيْبَانِيُّ، فِي حَدِيثِ النبيِّ ﷺ، أنَّهُ نَهى عَنْ قَتْلِ العُسَفاءِ، وَالوصفاءِ، فِي سَرِيَّةٍ بَعَثَها[2].

قَالَ: العُسَفَاءُ: الأُجَرَاءُ.

هُوَ كَما قَالَ مَالِكٌ، رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَ أبُو عُبيدٍ: وَقَدْ يَكُونُ العَسِيفُ الأسِيف، وَهُوَ الحزِينُ(*).

---

(١) البيت من الرمل، وهو للمرار بن منقذ الجلي. في تاج العروس (مرر)، (جلل) ويروى البيت:

كثر الأناس فيما بينهم ... من أسيف يبتغي الخير وحُر

وهو بلا نسبة في تاج العروس (أسف).

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٣/ ٤١٣.

(*) أسقط المؤلف، الحديث ١٥٣١، وهو في الموطأ برقم ٧، من كتاب الحدود، باب ١ (ما جاء في الرجم)، ولفظه: «مالك عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة، أن سعد بن عبادة قال لرسول الله ﷺ: أرأيت لو أني وجدت مع امرأتي رجلاً، أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم». وقد أخرجه مسلم في اللعان، حديث ١٤، وأبو داود في الديات حديث ٤٥٣٢، ٤٥٣٣.

١٥٢٨ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهاب، عَنْ عُبَيْدِ اللهِ بْنِ عَبدِ الله بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ؛ أنهُ قَالَ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ يَقُولُ: الرَّجْمُ فِي كِتَابِ اللّهِ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ. إِذَا أحصن[١]، إذا قَامَتِ البَيِّنَةُ، أَوْ كَانَ الْحَبلُ[٢] أَوْ الاعْتِرَافُ.

قَدْ مَضَى فِي هَذا البَابِ مِنْ إِثْبَاتِ الرَّجْمِ عَلى مَنْ أُحْصِنَ مِنَ الزُّنَاةِ الأَحْرَارِ مَا أَغْنَى عَنْ إِعَادَتِهِ هُنا.

وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي حَدِّ الإِحْصَانِ المُوجِبِ لِلرَّجْم.

فَجُمْلَةُ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ؛ أَنْ يَكُونَ الزَّانِي حُرّاً، مُسْلِماً، بَالِغاً، عَاقِلاً، قَدْ وَطِيءَ قَبْلَ أَنْ يَزْنِيَ وَطْئاً مُباحاً، فِي عَقْدِ نِكَاحٍ صَحِيحٍ، ثُمَّ زَنَى بَعْدَ ذَلِك، فَإِذَا كَانَ هَذا، وَجَبَ الرَّجْمُ.

وَلا يثْبتُ لِكَافِرٍ، وَلا لِعَبْدٍ عِنْدَهُ إحْصانٌ، كَما لا يثْبتُ عِنْدَ الجَمِيعِ؛ لِصَبِيٍّ، وَلا مَجْنُونٍ، إِحْصَانٌ.

وَكَذَلِكَ الوَطْءُ المَحْظُورُ كالوطء فِي الحجِّ، وَفِي الصيامِ، وَفِي الاعْتِكَافِ، وَفِي الحَيْضِ، لا يثْبتُ بِهِ عنْدَهُ إِحْصانٌ.

وَالأَمَةُ، وَالْكَافِرَةُ، وَالصَّغِيرَةُ، لا تحصنُ الحُرَّ المُسْلِمَ عِنْدَ مَالِك؛ لأَنَّهُ لا يجْتمعُ فيهن شرُوطُ الإِحْصانِ.

وَهَذا كُلُّهُ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَصْحابِهِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحابِهُ؛ فَحَدُّ الإِحْصانِ عِنْدَهُم عَلى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهما: إِحْصَانٌ يُوجِبُ الرَّجْمَ، يَتَعَلَّق بِسِتِّ شُرُوط؛ الحُرِّيَّةُ، وَالبُلُوغُ، وَالعَقْلُ، وَالإِسْلامُ، وَالنِّكَاحُ الصحِيحُ، وَالدُّخولُ، وَلا يُراعُونَ وَطْئاً مَحْظُوراً مَعَ ذَلِكَ، ولا مُباحاً.

والآخر: إِحْصَانٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَدُّ القَذْفِ، لَهُ خَمْسُ خِصَالٍ عِنْدَهُم؛ الحُرِّيَّةُ، وَالبُلُوغُ، وَالعَقْلُ، وَالإِسْلامُ، وَالعِفَّةُ.

١٥٢٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٨، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البخاري في الحدود باب ٣١ (رجم الحبلى من الزنا إذا أحصنت) حديث ٦٨٣٠، ومسلم في الحدود، باب ٣١ (رجم الثيب في الزنى) حديث ١٥، وأبو داود في الحدود حديث ٤٤١٨، والترمذي في الحدود حديث ١٤٣٢، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٥٣، والدارمي في الحدود حديث ٢٣٢٢.

(١) إذا أحصن: أي تزوج ووطىء مباحاً، وكان بالغاً عاقلاً.

(٢) أو كان الحبل: أي وجدت المرأة حبلى.

وَروى أبو يُوسُفَ، عَنِ ابْنِ أبي لَيْلَى، قَالَ: إِذَا زَنَى اليَهوديُّ، أو النَّصْرَانِيُّ، بَعْدَ ما أُحْصِنَا، فَعَلَيْهِما الرَّجْمُ.

قَالَ أبُو يُوسُفَ: وَبِهِ نأْخُذُ.

فَالإِحْصَانُ عِنْدَ هَؤُلاءِ لَهُ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ؛ الحُرِّيَّةُ، وَالبُلُوغ، وَالعَقْلُ، وَالوَطْءُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيح.

وَنحو هَذا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَأَحْمدَ بْنِ حَنْبلٍ.

قَالَ الشَّافِعيُّ: إِذا دَخَلَ الرَّجُلُ بِامْرَأتِهِ، وَهُما حُرَّانِ، وَوَطِئَها، فَهَذا إِحْصَانٌ؛ مُسْلِمَيْنِ كَانَا فِي [حِينِ] الزِّنى، بَالغَيْنِ.

وَاخْتَلَفَ أَصْحابُهُ، عَلى أَرْبَعَةِ أَوْجُه:

فَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ، أوِ الصَّبِيُّ، وَوَطِىءَ، فَذَلِكَ إِحْصَانٌ، إِذَا زَنَى بَعْدَ البُلُوغِ، وَالحُرِّيَّةِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لا يَكُونُ وَاحِدٌ مِنْهُم، مُحْصناً، كَما قَالَ مَالِكٌ.

وَقَال بَعْضُهُمْ: إِذَا تَزَوَّجَ الصَّبِيُّ الحُرُّ، أَحْصنَ، فَإِذَا بَلَغَ وَزَنى، رُجِمَ، وَالعَبْدُ لا يُحصنُ حَتَّى يعْتقَ بَالِغاً، وَيَزْنِي بَعْدُ.

وَقَالَ بَعْضُهم: إِذَا تَزَوَّجَ الصَّبِيُّ، لم يُحْصَنْ، وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ أُحْصِنَ.

وَقَالُوا جَميعاً: الوَطْءُ الفَاسِدُ لَا يَقَعُ بِهِ إِحْصَانٌ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ: النِّكَاحِ، مِنَ أَقْوَالِ العُلَمَاءِ، فِي الإِحْصَانِ، أَكْثَرُ من هَذا، وَتَقَصَّيْنَا ذَلِكَ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَأَمَّا قَوْلُهُ، فِي هَذا الحَدِيثِ، عَنْ عُمَرَ، رَضِيَ الله عنه: «أَوْ قَامَتْ عَلَيهِ البَيِّنَةُ، أو كَانَ الحَبَلُ، أو الاعْتِرَافُ» فَأَجْمَعَ العُلماءُ، أَنَّ البَيِّنَةَ فِي الزِّنى أَرْبَعَةُ شُهَداءٍ، رِجَالٍ، عُدُولٍ؛ يَشْهَدُونَ بِالصَّرِيحِ مِنَ الزِّنى، لا بِالكِنَايَةِ، وَبالرُّؤْيَةِ كَذَلِكَ، وَالمُعَايَنَةِ.

وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ الجميع فِي ذَلِكَ، شَهادَةُ النِّساء؛ فَإِذَا شَهِد بِذَلِكَ، مَنْ وَصَفْنَا، عَلى مَنْ أُحْصنَ، كَما ذَكَرْنا، وَجَبَ الرَّجْمُ، عَلى مَا قَالَ عُمَرُ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وَأَمَّا الاعْتِرَافُ؛ فَهُوَ الإِقْرَارُ مِنَ البَالغِ، العَاقل بِالزِّنى، صراحاً لا كِنَايَةً، فَإِذَا ثَبَتَ عَلى إِقْرَارِهِ، وَلَمْ ينْزِعْ عَنْهُ، وَكَانَ مُحْصَناً، وَجَبَ عَليهِ الرَّجْمُ، وَإِنْ كانَ بِكْراً، جُلِدَ مِائَةً. وَهَذا كُلُّهُ، لا خِلافَ فِيهِ بَيْنَ العُلَمَاءِ.

وَأَمَّا الحَمْلُ الظَّاهِرُ لِلْمرْأةِ وَلا زَوْجَ لَها يُعْلَمُ، فَقَدِ اخْتَلَفَ العُلَماءُ في ذَلِكَ:

فَقَالَتْ طَائفَةٌ: الحَبَلُ وَالاعْتِرافُ وَالبَيِّنَةُ سَوَاءٌ، فِي مَا يُوجِبَ الحَدَّ فِي الزِّنَى، عَلى حَدِيثِ عمر هَذا، فِي قَوْلِهِ: إِذَا قَامَتْ عَلَيهِ البَيِّنَةُ، أو كَانَ الحَبَلُ، أو الاعْتِرافُ، فَسَوَاءٌ في ذلك فِي مَا يُوجِبُ الرَّجْمَ، عَلى مَنْ أُحْصنَ، فَوجَبَتِ التَّسْوِيَةُ بِذَلِكَ.

ومِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ؛ مَالِكُ بْنُ أنَسٍ، فِي ما ذَكَرَ عَنْهُ ابْنُ عَبْدِ الحَكَم، وَغَيْرُهُ، وَذكرَهُ فِي «موطَّئِهِ» قَالَ: إِذَا وُجِدَت المَرْأَةُ حَامِلاً، فَقالَتْ: تَزَوَّجْتُ. أو: اسْتُكْرِهْتُ، لَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ مِنْها، إلا بِالبَيِّنَةِ على مَا ذَكَرَتْ، إِلا أنْ تَكُونَ جَاءَتْ تَسْتَغِيثُ، وهي تَدمي، أو نحو ذَلِكَ مِنْ فَضِيحَةِ نَفْسِها، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ، أُقِيمَ عَلَيْها الحَدُّ.

وَقالَ ابْنُ القَاسِمِ: إِذَا كَانَتْ طَارِئَةً غريبةً، فَلا حَدَّ عَلَيْها.

وَهُوَ قَوْلُ عُثْمَانَ البَتِّيِّ.

وَقالَ أبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُهُما: لا حَدَّ عَلَيْها، إِلا أنْ تقرَّ بِالزِّنَى، أو يقومَ عَلَيْها بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ.

وَلَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ طَارِئَةٍ، وَغَيْرِ طَارِئَةٍ، لأنَّ الحَمْلَ دُونَ إِقْرارٍ، وَلا بَيِّنَةٍ، ممكنٌ أنْ تَكُونَ المَرْأَةُ فِي مَا ادَّعَتْهُ مِنَ النِّكَاحِ، أو الاسْتِكْرَاهِ، صَادِقَةً، وَالحُدُودُ لا تُقَامُ إِلا بِاليَقِينِ، بَلْ تُدْرَأُ بِالشُّبُهاتِ.

فَإِنِ احْتَجَّ مُحْتَجٌّ بِحَدِيثِ عُمَرَ، المَذْكُورِ، وَتَسْوِيَتِهِ فِيهِ بَيْنَ البَيِّنَةِ وَالإِقْرَارِ، والحَبَلِ، قِيلَ لَهُ: قَدْ رُوِيَ عَنْهُ خُلافُ ذلك، مِنْ رِوَايَةِ الثِّقَات أيْضاً.

وَروى شُعْبَةُ بْنُ الحَجَّاجِ، عَنْ عبد الملك بْنِ مَيْسَرَةٍ، عَنْ نزالِ بْنِ صبرة، قَالَ: إِنِّي لَمَعَ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، بِمنى، إِذَا بِامْرَأَةٍ ضَخْمَةٍ حُبْلَى، قَدْ كَادَ النَّاسُ أنْ يَقْتُلُوها مِنَ الزِّحَامِ، وَهِيَ تَبْكِي فَقَالَ لَها عُمَرُ: مَا يُبْكِيكِ، إِنَّ المَرْأَةَ رُبَّما اسْتُكْرِهَتْ، فَقَالَتْ: إِنِّي امْرَأَةٌ ثَقِيلَةُ الرَّأْسِ، وَكَانَ اللّهُ عَزَّ وجلَّ يَرْزُقُنِي مِنَ اللَّيلِ مَا شَاء أنْ يَرْزُقَنِي، فَصَلَّيْتُ، وَنِمْتُ، فَوَاللَّهِ ما اسْتَيْقَظْتُ، إِلا وَرَجُلٌ قَدْ رَكِبَنِي وَمَضى، وَلا أدْرِي أيُّ خَلْق اللَّهِ هُوَ؟.

فَقَالَ عُمَرُ: لَو قَتَلْتُ هَذِهِ، خفْتُ عَلى مَنْ بَيْنِ الأخْشَبَيْنِ النَّار ثُمَّ كَتَبَ إِلى الأُمَرَاءِ:

ألا لا تعجلوا أحَداً إِلا بِإِذْنِهِ.

١٥٢٩ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سعَيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ أبِي وَاقِدٍ

١٥٢٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٩، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢١٥، وعبد الرزاق في المصنف ٧/ ٣٤٠.

اللَّيْثِيِّ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ أَتَاهُ رَجلٌ، وَهُوَ بِالشَّام، فَذَكَرَ لَهُ أَنَّهُ وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلا، فَبَعَثَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ أَبَا وَاقِدٍ اللَّيْثِيَّ إِلى امْرَأَتِهِ، يَسْأَلُهَا عَنْ ذَلِكَ، فَأَتَاهَا وَعِنْدَها نِسْوَةٌ حَوْلَهَا فَذَكَرَ لَهَا الَّذِي قَالَ زَوْجُها لِعُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، وَأَخْبَرَهَا أَنَّهَا لا تُؤْخَذُ بِقَوْلِهِ، وَجَعَلَ يُلَقِّنُهَا أَشْبَاهُ ذَلِكَ لِتَنْزِعَ[١]، فَأَبَتْ أَنْ تَنْزِعَ، وَتَمَّتْ[٢] عَلَى الاعْتِرَافِ، فَأَمَرَ بِهَا عُمَرُ فَرُجِمَتْ.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ القَوْلُ فِي مَعْنى هَذا الحَدِيثِ كُلِّهِ، فِي هَذا البَابِ، فَلا مَعْنَى لإِعَادَتِهِ.

وَقَدْ رَوى هَذَا الحَدِيثَ نَافِعٌ مَوْلى ابْنِ عُمَرَ، عَنْ سُلَيْمانَ بْنِ يَسارٍ، أَنَّ رَجُلاً جَاءَ إِلى عُمَرَ، وَهُوَ بِالجَابِيَةِ، فَقالَ: يَا أَمير المُؤْمِنِينَ، إِنَّهُ وَجد عَبْدَهُ عَلى امْرَأَتِهِ، فَقالَ لَهُ عُمَرُ: انْظُرْ مَاذَا تَقُولُ، فَإِنَّكَ مَأْخُوذٌ بِما تَقُول، قَالَ: نَعَمْ، فَقالَ عُمَرُ لأَبِي وَاقِدٍ.. وذكرَ مَعْنَى حَدِيثِ مَالِكٍ.

ذَكَرَهُ سنيدٌ، عَنْ حَجَّاجٍ، عَنْ صخرِ بْنِ جويرية، عَنْ نَافِعٍ.

وَرَاهُ معمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبي وَاقِدٍ اللَّيْثِيِّ، قَالَ إِنِّي لَمَعَ عُمَرَ، بِالجَابِيَةِ، إِذا جَاءَهُ رَجُلٌ، فَقالَ: عَبْدِي زَنَى بِامْرَأَتِي، وَهِيَ هَذِهِ تَعْتَرِفُ، قالَ أَبُو وَاقِدٍ: فَأَرْسَلَنِي عُمَرُ إِلَيْها فِي نَفَرٍ مِن قَوْمِهِ.. وَذكرَ تَمامَ الخَبَرِ.

١٥٣٠ ـ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ: لَمَّا صَدَرَ عُمَرُ بن الْخَطَّابِ مِنْ مِنى، أَناخَ[٣] بِالأبطَحِ، ثُمَّ كَوَّمَ[٤] كَومَةً[٥] بَطْحَاءِ[٦] ثُمَّ طَرَحَ عَلَيْهَا رِدَاءَهُ وَاسْتَلْقَى، ثُمَّ مَدَّ يَدَيْهِ إِلى السَّمَاءِ فَقَالَ: اللَّهُمَّ كَبِرَتْ سِنِّي، وَضَعُفَتْ قُوَّتِي، وانْتَشَرَتْ رَعِيَّتِي[٧]، فَاقْبِضْنِي إِلَيْكَ غَيْرَ مُضَيِّعٍ وَلا مُفَرِّطٍ، ثُمَّ قَدِمَ الْمَدِينَةَ فَخطَبَ النَّاسَ، فَقَالَ: أَيُّها النَّاسُ، قَدْ سُنَّتْ لَكُمُ السُّنَنُ، وَفُرِضَتْ لَكُمُ الفَرَائِضُ، وَتُرِكْتُمْ عَلى الوَاضِحَةِ[٨]، إِلا أَنْ تضلُّوا بِالنَّاس يَميناً وَشمالا، وَضَرَبَ

---

(١) لتنزع: أي لترجع وتعود عن الاعتراف.

(٢) وتمت: أي اشتدت وصلبت، وفي نسخة وثبتت، من الثبوت.

١٥٣٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٠، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٧/ ٣١٥.

(٣) أناخ: أي راحلته. (٤) كوم: أي جمع.

(٥) كومة: أي قطعة.

(٦) بطحاء: أي صغار الحصى، أي جمعها وجعل لها رأساً.

(٧) انتشرت رعيتي: أي كثرت وتفرقت.

(٨) تركتم على الواضحة: أي على الطريق الظاهرة التي لا تخفى.

بإحْدَى يَدَيْهِ عَلَى الأخرَى، ثُمَّ قَالَ: إِيَّاكُمْ أنْ تَهْلِكُوا عَنْ آيَةِ الرَّجْمِ، أنْ يَقُولُ قَائِلٌ لا نَجِدُ حَدَّيْنِ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَقَدْ رَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَرَجَمْنَا، وَالذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَوْلا أنْ يَقُولَ النَّاسُ: زَادَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي كِتَابِ الله تَعالَى، لَكَتَبْتُها الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ فَارْجُمُوهُمَا ألبَتَّةَ فإِنَّا قَدْ قَرَأنَاهَا.

قَالَ مَالِكٌ: قَالَ يَحيى بْنُ سَعِيدٍ: قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّب: فَمَا انْسَلَخَ ذُو الْحِجَّةِ حَتَّى قُتِلَ عُمَرُ. رَحِمَهُ اللّهُ.

قَالَ يحيى: سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ: قَوْلُهُ الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ، يَعْنِي الثَّيِّبَ وَالثَّيِّبَةَ (فارجُمُوهُمَا ألبتَّة).

قال أبو عمر: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الإِسْنَاد، يَسْتَنِدُ مِنْهُ قَوْلُهُ: «رَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ».

وَقَدْ سَمِعَهُ سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ مِنْ عُمَرَ، فِي قَوْلِ جَماعَةٍ مِنْ أهْلِ العِلْمِ، وَشَهِدَ مَعَهُ هَذِهِ الحجَّةَ، وَسَمِعَهُ يَقُولُ عِنْدَ رُؤْيَتِهِ البَيْتَ، وَعِنْدَ طَوَافِهِ، كَلاماً، حَفِظَهُ عَنْهُ، قَدْ ذَكَرْتُهُ فِي «التَّمْهِيدِ».

وَكان عَلِيُّ بْنُ المَدِينيِّ؛ يُصَحِّحُ سَمَاعَ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ مِنْ عُمَر بْنِ الخَطَّابِ.

وَكَانَ ابْنُ مَعِينٍ يُنْكِرُهُ، وَيَقُولُ: كَانَ غُلاماً فِي زَمَانِ عُمرَ بْنِ الخَطَّابِ؛ لأنَّهُ وُلِدَ لِسَنَتَيْنِ مَضَتَا مِنْ خِلافَةِ عُمَرَ.

قال أبو عمر: كَانَ سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ حَافِظاً، ذَكِياً، عَالِماً، وَكَانَتْ سِنُّهُ فِي حجَةِ عُمَرَ هَذِهِ، ثَمانِيَةَ أعْوامٍ وَنَحْوها، وَمَنْ دون هَذا السِّنِّ يَحْفَظُ أكْثَرَ مِنْ هَذَا؟.

رَوى شُعْبَةُ، عَنْ إِيَاسِ بْنِ مُعاوِيَةَ قَالَ: قَالَ لِي سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ مِمَّنْ أنْتَ؟ قُلْتُ: مِنْ مُزَيْنَةَ. قَالَ: إِنِّي لأذْكُرُ اليَوْمَ الَّذِي نَعَى فِيهِ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ، النُّعْمَانَ بْنَ مُقَرِّن المزنيَّ إلى النَّاسِ، عَلى المِنْبَر.

رَوَاهُ جَمَاعَةٌ مِنْ حُفَّاظِ أصْحَابِ شُعْبَةَ، عَنْ شُعْبَةَ.

وَرَوى الاصْمَعِيُّ، قَالَ: حَدَّثَنِي طَلْحَةُ بْنُ مُحمدِ بْنِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، قَالَ: كُنْتُ فِي الغِلْمَةِ الَّذِينَ جَرُّوا جعْدةَ العقيلي، إلى عُمَرَ.

وَقَالَ الحَسَنُ الحلوانِيُّ: حَدَّثَنِي أسْبَاطٌ، عَنِ الشيبَانِيِّ، عَنْ بكيرِ بْنِ الأشَجِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، قَالَ: سَمِعْتُ عُمَرَ، عَلى المِنْبَرِ يَقُولُ: لا أجِدُ أحَداً جَامَعَ، وَلَمْ يَغْتَسِلْ، أنْزَلَ أو لَمْ يُنْزِلْ، إلا عَاقَبْتُهُ.

قال أبو عمر: هَذِهِ الآثارُ أَصَحُّ مِنْ حَدِيث ابْنِ لهيعَةَ، عَنْ بكيرِ بْنِ الأشَجِّ قالَ: قِيلَ لِسَعِيدِ بْنِ المُسيبِ: أَدْرَكْتَ عُمَرَ بْنَ الخطَّابِ؟ وَكانَ يَحْيَى بْنُ معينٍ يُنْكِرَ سَمَاعَهُ مِنْ عُمَرَ، وَرِوَايَتَهُ لَهُ.

وَلَيْسَ الإِنْكَارُ بِعلم.

حدَّثني عَبْدُ الوَارِث بْنُ سُفْيَانَ، قَالَ: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبَغ، قالَ: حدَّثني ابْنُ وَضَّاحٍ، قَالَ: حدَّثني عَبْدُ الصَّمَدِ، قَالَ: حدَّثني شُعْبَةُ، عَنْ قَتَادَةَ، قَالَ: قُلْتُ لِسَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ: رَأَيْتَ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ؟ قَالَ: نَعَمْ.

قَالَ ابْنُ وَضَّاحٍ: وُلِدَ سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ لِسَنَتَيْنِ مَضَتَا مِنْ خِلافَةِ عُمَرَ وَسَمعَ مِنْهُ كلامَهُ الَّذِي قَالَ حِينَ نَظَرَ إِلى الكَعْبَةِ:

اللَّهُمَّ أَنْتَ السَّلامُ، وَمِنْكَ السَّلامُ، فحيِّنا رَبَّنا بِالسَّلام.

كَذَلِكَ قَالَ ابْنُ كاسِبٍ، وَغَيْرُ وَاحِدٍ مِمَّنْ لاقَيْتُ.

قال أبو عمر: لَيْسَ في قَوْلِ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فَاقْبِضْنِي إِلَيْكَ غَيْرُ مُضَيِّع، وَلا مُفرطٍ، خِلافاً لِما رُوِيَ عَنْ النَّبيِّ ﷺ، فِي قَوْلِهِ: «لا يَتَمَنَّيَنَّ أَحَدُكُم المَوْتَ؛ لِضرٍّ نَزَلَ بِهِ»[1]؛ لأنَّ هَذا دُعاءٌ، كَانَ مِنْ عُمَرَ شفقَةً عَلى دِينِهِ، وَخَوْفاً مِنْ أَنْ تدركَهُ فِتْنَةٌ، تَصدُّهُ عَنِ القِيَامِ بِأُمُورِ النَّاسِ، فِي دُنْيَاهُم وَدِينِهِمْ، مِمَّا أدخلَ فِيهِ نَفسهُ.

وإِنَّما نَهى النَّبيُّ ﷺ، عَنْ تَمَنِّي المَوْتَ عِنْدَ نُزُولِ المَصَائِب، وَحُلُول البَلاءِ؛ تَسَخُّطاً لِلْقَضاءِ، وَقِلَّةَ رِضى، وَعَدمَ صَبْرٍ عَلى الإِيذَاءِ.

وَأَمَّا إِذا كَانَ ذَلِكَ شحًا مِنَ المَرْءِ عَلى دِينِهِ، وَخَوْفاً مِنْ أَنْ يفتنَ لِمَا يَرَى مِنْ عُمُومِ الفِتَنِ، فَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ مَعْنَى مَا نَهى عَنْهُ النَّبيُّ ﷺ.

أَلا تَرَى إِلى قَوْلِ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ، لمَّا رَأى مَا رَأى، وَعَلِمَ مَا عَلِمَ؛ مِنْ إِقْبَالِ

---

(١) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في المرضى باب ١٩، والدعوات باب ٣٠، والتمني باب ٦، ومسلم في الذكر حديث ١٠، ١٣، وأبو داود في الجنائز باب ٩، والنسائي في الجنائز باب ١، وابن ماجه في الزهد باب ٣١، والدارمي في الرقاق باب ٤٥، وأحمد في المسند ٢/٢٦٣، ٣٠٩، ٣١٦، ٣٥٠، ٥١٤، ٣/١٠١، ١٠٤، ١٦٣، ١٧١، ١٩٥، ٢٠٨، ٢٤٧، ٢٨١، ٣٣٢، ٤٩٤، ٦/٣٣٩.
ولفظ الحديث بتمامه عند البخاري (كتاب المرضى، باب ١٩، حديث ٥٦٧١): عن أنس بن مالك رضي الله عنه، قال النبي ﷺ: لا يتمنين أحدكم الموت من ضر أصابه فإن كان لا به فاعلاً فليقل: اللهم أحيني ما كانت الحياة خيراً لي، وتوفني إذا كانت الوفاة خيراً لي.

الفِتَنِ، قَالَ فِي طَاعُونِ عَمْوَاس: يَا طَاعُونُ، خُذْنِي إِلَيْكَ، تمنِّياً لِلْمَوْتِ. فَماتَ فِي ذَلِكَ الطَّاعُونِ.

وَمَا زَالَ الأنبِيَاءُ، وَالصَّالِحُونَ، يَخافُون الفِتْنَةَ فِي الدِّينِ عَلى أنفُسِهِمْ، وَيَتَمَنَّوْنَ مِنْ أجْلِ ذَلِكَ المَوْتَ على خَيْرِ مَا هُمْ عَلَيْهِ.

قالَ إِبْرَاهِيمُ الخليلُ عَليه السَّلامُ: ﴿وَٱجْنُبْنِي وَبَنِيَّ أَن نَّعْبُدَ ٱلْأَصْنَامَ﴾ [إبراهيم: ٣٥].

وَقالَ يُوسُفُ عَلَيهِ السَّلامُ: ﴿تَوَفَّنِي مُسْلِمًا وَأَلْحِقْنِي بِٱلصَّٰلِحِينَ﴾. [يوسف: ١٠١].

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ فِي هَذا البَاب، مِنَ القَوْل فِي الرَّجْم، وَثُبُوتِهِ عِنْدَ أَهْلِ العِلْم، فِي السُّنَّةِ، وَفِي الكِتَابِ المُحْكَم، المَعْمُولِ بِهِ عِنْدَ جماعَةٍ مِنْهُمْ، بِشَهادَةِ الآثارِ الصِّحَاحِ بِذَلِكَ مَا فِيهِ ـ وَالحَمْدُ لِلَّهِ ـ كِفَايَةٌ.

حدَّثنا عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيَانَ، قَالَ: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبغٍ، قالَ: حدَّثني بكْرُ بْنُ حَمَّادٍ، قالَ: حدَّثني مسددٌ.

وَحدَّثني أحْمَدُ بْنُ قَاسِم، قَالَ: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبَغ، قَالَ: حدَّثني الحَارِثُ بن أبي أُسَامَةَ، قَالَ حدَّثني إِسْحَاقُ بْنُ عِيسى، قَالا جَمِيعاً: حدَّثني حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ ـ وَاللَّفْظُ لِحَدِيثِ مُسددٍ ـ وَهُوَ أتَمُّ عَنْ حَدِيثِ ابْنِ زَيْدٍ، عَنْ يُوسُفَ بْنِ مَهْرانَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الخَطَّاب، يَخْطُبُ: أيُّها النَّاسُ! إِنَّ الرَّجْمَ حَقٌّ، فَلا تخْدعنَّ عَنْهُ، وَإِنَّ آيَةَ ذَلِكَ، أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَدْ رَجَمَ، وَأنَّ أبَا بَكْرٍ قَدْ رَجَمَ، وَأنَّا قَدْ رَجَمْنَا بَعْدَهُما وَسَيَكُونُ قَوْمٌ مِنْ هذِهِ الأُمَّةِ، يُكَذِّبُونَ بِالرَّجْم، وَيُكَذِّبُون بِالدَّجَالِ، وَيُكَذِّبُونَ بِطُلُوعِ الشَّمْسِ مِنْ مَغْرِبِها، وَيُكَذِّبُونَ بِعَذَابِ القَبْرِ، وَيُكَذِّبُونَ بِالشَّفَاعَةِ، وَيُكَذِّبُونَ بِقَوْمٍ يَخْرُجُونَ مِنَ النَّارِ بَعْدَ مَا امْتحشُوا[1].

قال أبو عمر: الخَوَارِجُ كُلُّها، وَكَثِيرٌ مِنَ المُعْتَزِلَةِ، يُكَذِّبُون بِهَذَا كُلِّهِ ـ والله أسْألَهُ التوفيقَ لِمَا يَرْضَاهُ مِنْ عِصْمَتِهِ، وَرَحْمَتِهِ.

حدَّثني سَعِيدُ بْنُ نَصْرٍ، وَعَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيَانَ، قَالا: حَدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبَغ، قالَ: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، قَالَ: حدَّثني الحُمَيْدِيُّ، قَالَ: حدَّثني سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، قالَ: أخْبَرَنا معمرٌ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بن عتبة، عن ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، يَقُولُ: إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجلَّ،

---

(١) أخرجه البخاري في الأذان باب ١٢٩، والرقاق باب ٥٢، والتوحيد باب ٢٤، ومسلم في الإيمان حديث ٢٩٩، ٣٠٤، والدارمي في المقدمة باب ٨، وأحمد في المسند ١/ ٢٣، ٢/ ٢٧٦، ٥٣٤، ٣/ ٥٦، ١٤٤، ٣٢٦، ٥/ ٣٩١، ٤٠٢.

بَعَثَ مُحَمَّداً عَلَيهِ السَّلامُ، بِالحَقِّ، وَأَنْزَلَ عَلَيهِ الكِتَابَ، وَكَانَ فِي مَا أُنْزِلَ عَلَيهِ آيَةُ الرَّجْمِ، فَرَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَرَجَمْنَا بَعْدَهُ[(١)].

قَالَ سُفْيَانُ: قَدْ سَمِعْتُهُ مِنَ الزُّهْرِيِّ بِطُولِهِ، وَحَفِظَ بَعْضَهُ، وَسَقَطَ عَلَيهِ مِنْهُ مَا سَمِعَهُ مِنْ مَعمرٍ عَنْهُ.

قال أبو عمر: يَعْنِي حَدِيثَ السقيفة، سَمِعَهُ مِنَ الزُّهْرِيِّ بِطُولِهِ، وَحَفِظَ بَعْضَهُ، وَسَقَطَ عَليهِ مِنْهُ مَا سَمِعَهُ عَنْ مَعمر عَنْهُ.

١٥٣١ ـ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ؛ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ أُتِيَ بِامْرَأَةٍ قَدْ وَلَدَتْ فِي سِتَّةِ أَشْهُرٍ. فَأَمَرَ بِهَا أَنْ تُرْجَمَ، فَقَالَ لَهُ عَليُّ بن أَبِي طَالِبٍ: لَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهَا، إِنَّ اللهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًاۚ﴾ [الأحقاف: ١٥] وَقَالَ ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فَالحَمْلُ يَكُونُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ. فَلا رَجْمَ عَلَيْهَا، فَبَعَثَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ فِي أَثَرِهَا، فَوَجَدَهَا قَدْ رُجِمَتْ.

قال أبو عمر: رَوَاهُ ابْنُ أبي ذئبٍ، وَذَكَرهُ فِي «مُوطَّئِهِ»، عن زيد بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ قسيطٍ، عَنْ نعجَةَ الجهينيِّ، قالَ: تَزَوَّجَ رَجُلٌ مِنَّا امْرَأَةً، فَوَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُر، فَأَتى عُثْمَانَ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَأَمَرَ بِرَجْمِها، فَأَتاهُ عَلِيٌّ، فَقالَ: إِنَّ اللَّهَ تَعالى يَقُولُ: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًاۚ﴾. [الأحقاف: ١٥] وقَالَ عز وجلَّ: ﴿وَفِصَٰلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾. [لقمان: ١٤].

قال أبو عمر: يَخْتَلِفُ أَهْلُ المَدِينَة، فِي رِوَايَةِ هَذِهِ القِصَّةِ:

فَمِنْهُم مَنْ يَرْوِيها لِعُثْمَانَ مَعَ عَلِيٍّ، كَما رَوَاهَا مَالِكٌ، وَابْنُ أَبِي ذئب.

وَمِنْهُم مَنْ يَرْوِيها عَنْ عُثْمَانَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

وَأَمَّا أَهْلُ البَصْرَةِ؛ فَيَرَونها لِعُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، مَعَ عَلِيِّ بْنِ أبي طَالِبٍ.

فَأَمَّا رِوَايَةُ أَهْلِ المَدِينَةِ، فَذَكَرَها مَعمرٌ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ أبي عُبَيْدٍ.

مَولى عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ عوف قَالَ: رُفِعَتْ إِلى عُثْمانَ امْرَأَةٌ، وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهرٍ، فَقالَ: إِنَّها رُفِعَتْ إِلَيَّ امْرَأَةٌ لا أَراها إِلا جاءَتْ بِشرٍّ، وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَقالَ لَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ: إِذَا أَتَمتِ الرَّضَاعَ؟ كَانَ الحَمْلُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، قَالَ: وَتَلا ابْنُ عَبَّاسٍ: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًاۚ﴾ [الأحقاف: ١٥]. فَإِذَا أتمتِ الرَّضاعِ، كَانَ الحَمْلُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ.

---

(١) انظر تخريج الحديث رقم ١٥٣٠، المتقدم.

١٥٣١ ـ الحديث في الموطأ برقم ١١، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٤٤٢، وعبد الرزاق في المصنف ٧/ ٣٥٠.

وَهَذا الإِسْنَادُ لا مدْفعَ فِيهِ، مِنْ رِوَايَةِ أَهْلِ المَدِينَةِ، وَقَدْ خَالَفَهُمْ فِي ذَلِكَ ثِقَاتُ أَهْلِ مَكَّةَ؛ فَجَعَلُوا القِصَّةَ لابْنِ عَبَّاسٍ مَعَ عُمَرَ.

وَرَوى ابْنُ جُريجٍ، قَالَ: أَخْبَرَنِي عُثْمَانُ بْنُ أَبي سُلَيْمَانَ، أَنَّ نَافعَ بْنَ جُبَيْرٍ، أَخْبَرَهُ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ أَخْبَرَهُ، قالَ: إِنِّي لَصَاحِبُ المَرْأَةِ الَّتِي أُتِيَ بِها عُمَرُ، وَضعَتْ لِستَّةِ أَشْهُرٍ، فَأَنْكَرَ النَّاسُ ذَلِكَ، قَالَ: قُلْتُ لِعُمَرَ: لم تُظْلم؟ قَالَ: كيف؟ قَالَ: قُلْتُ: أترى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]. وقَالَ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. قَالَ: كَم الحَوْلُ؟ قَالَ: سَنَةٌ. قُلْتُ: وَكَم السَّنَةُ؟ قالَ: اثْنا عَشر شَهْراً، قالَ: فَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ شَهْراً حَوْلانِ كَامِلانِ، وَيُؤَخِّرُ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ، مِنَ الحَمْلِ مَا شَاءَ وَيُقَدِّم مَا يَشَاءُ، قَالَ: فَاسْتَراحَ عُمَرُ إِلى قَوْلِي[١].

وَرُوِيَ مِنْ حَدِيثِ الكُوفِيِّينَ نَحْوَ مَا رَوَاهُ المَدَنِيُّونَ فِي عُثْمَانَ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[٢]، عَنِ الثَّوْرِيِّ، عَنْ الأعمش، عن أبي الضُّحى، عن قَائِدٍ لابْنِ عَبَّاسٍ: كُنْتُ مَعَهُ، فَأُتِي عُثْمَانُ بِامْرَأَةٍ، وَضَعتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَأَمَرَ بِرَجْمِهَا، فَقالَ لَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ: إِنْ خَاصَمْتُكُمْ بِكِتَابِ اللَّهِ، خَصَمْتُكُمْ قَالَ اللَّهُ عز وجلَّ: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وَالحَمْلُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَالرضَاعُ سَنَتَانِ، قَالَ: فدرأ عَنْها الحَدّ.

قال أبو عمر: هَذا خِلافُ مَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ، أَنَّ عُثْمَانَ بَعَثَ فِي أَثرِهَا، فَوَجَدَها قَدْ رُجِمَتْ.

وَقَدْ صَحَّحَ عِكْرِمَةُ القِصَّتَيْنِ لِعُمَرَ، وَعُثْمَانَ أَيْضاً، ذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ الثَّوْرِيِّ عَنْ عَاصِمٍ، عَنْ عِكْرِمَة، وَذَكَرَهُ غَيْرُ وَاحِدٍ عَن الزُّهْرِيِّ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عِكْرِمَةَ، أَنَّ عُمَرَ أُتِي بِمِثْلِ الَّتِي أُتِي بِها عُثْمانُ، فَقالَ فِيها عَلى نَحْوِ مِمَّا قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ.

وَأَمَّا رِوَايَةُ أَهْلِ البَصْرَةِ؛ فَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[٣]، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ مطرٍ، عَنْ سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن أبي حَرْبِ بنِ أبي الأَسْوَدِ الدّيليِّ، عَنْ أَبِيهِ، قالَ: رُفِعَ إِلى عُمَرَ امْرَأَةٌ، وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَأَرادَ عُمَرُ أَنْ يَرْجمها، فَجاءَتْ أُخْتُها إِلى عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ؛ فَقالَتْ: إِنَّ عُمَرَ يُرِيدُ أَنْ يَرْجمَ أُخْتِي، فَأَنْشدكَ اللَّهَ إِنْ كُنْتَ تَعْلَمُ لَها عُذْراً لَمَا أَخْبَرْتَنِي بِهِ. فَقَالَ لَها عَلِيٌّ: فَإِنَّ لَها عُذْراً. فَكَبَّرَتْ تَكْبِيرَةً، فَسَمِعَها

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٧/ ٣٥٢.
(٢) المصنف ٧/ ٣٥١.
(٣) المصنف ٧/ ٣٥٠.

وَمَنْ عِنْدَهُ، فانْطَلَقَتْ إلى عُمَرَ، وَقالَتْ: إنَّ علياً زَعَمَ أنَّ لأخْتِي عُذْراً، فأرْسَلَ عُمَرُ إلى عَلِيٍّ: ما عُذْرُها؟ فَقالَ: إنَّ اللَّهَ عَزَّ وجلَّ يَقُولُ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[البقرة: ٢٣٣]. وقالَ عزَّ وجلَّ: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، فَحَمْلُهُ سِتَّةُ أشْهُرٍ، وَالفِصالُ أرْبَعَةٌ وَعشرونَ شَهْراً، قالَ: فَخَلَّى عُمَرُ سَبِيلَها، قالَ: ثُمَّ إنَّها وَلَدَتْ بَعْدَ ذَلِكَ لِسِتَّةِ أشْهُرٍ.

وَرَوى مَعمرٌ، عَنْ قَتادَةَ، قالَ: رُفِعَ إلى عُمَرَ امْرَأةٌ، وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أشْهُرٍ، بِمَعْنى ما تَقَدَّمَ، لَمْ يُجاوِزْ بِهِ قَتادَةَ يَوْماً.. إلى آخِرِهِ.

وَمَنْ وَصَلَهُ حُجَّةٌ عَلَيْهِ.

قال أبو عمر: لا أعْلَمُ خِلافاً بَيْنَ أهْلِ العِلْمِ، فِي ما قَالَهُ عَلِيٌّ، وَابْنُ عَبَّاسٍ، فِي هَذا البَابِ، فِي أقَلِّ الحَمْلِ، وَهُوَ أصْلٌ وَإجْماعٌ.

وَفِي الخَبَرِ بِذَلِكَ فَضِيلَةٌ كَبِيرَةٌ، وشهادةٌ عَادِلَةٌ لِعَلِيٍّ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، فِي مَوْضِعِهِما مِنَ الفِقْهِ فِي دِينِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ، وَالمَعْرِفَةِ بِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ.

مَالِكٌ[1] أنَّهُ سَألَ ابْنَ شِهابٍ عَن الذي يَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ؟ فَقالَ ابْنُ شِهَابٍ: عَلَيْهِ الرَّجْمُ، أحْصَنَ أوْ لَمْ يُحْصِنْ.

قال أبو عمر: قَدِ اخْتُلِفَ عَنِ ابْنِ شِهابٍ، فِي هَذِهِ المَسْألَةِ؛ لاخْتِلافِ قَوْلِهِ فِيها، والرُّوَاةُ لَها عَنْهُ كُلُّهُمْ ثِقاةٌ.

رَوى ابْنُ أبِي ذئب، وَمَعْمرٌ، عَنْهُ فِي اللُّوطِيِّ، أنَّهُ كَالزَّانِي؛ يُجْلَدُ إنْ كَانَ بِكْراً، وَيُرْجَمُ إنْ كَانَ ثَيِّباً مُحْصنا.

ذَكَرَ أبُو بَكْرِ بْنُ أبِي شَيْبَةَ، قالَ: حدَّثَني مَعنُ بْنُ أبِي عيسى، عَنِ ابْنِ أبِي ذئب، عَنِ الزُّهريِّ، قالَ؛ يُرْجَمُ اللُّوطيُّ إذا كَانَ مُحْصناً، وَإذا كَانَ بِكْراً جلِدَ مائَةً، وَيغلظُ عَلَيهِ فِي الحَبْسِ والنَّفْي.

قال أبو عمر: هَذا قَوْلُ عَطاءٍ، وَمُجاهِدٍ، وَقَتادَة، وَإبْراهيمَ النَّخعيِّ، وَسعيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، وَالحَسَنِ بْنِ أبي الحَسَنِ، لَمْ يُخْتَلَفْ عَنْ وَاحِدٍ مِنْ هَؤلاءِ، أنَّ اللُّوطيَّ حَدُّهُ حَدُّ الزَّانِي، إلا إبْرَاهِيمَ النَّخعيَّ؛ فَرُوِيَ عَنْهُ ثَلاثُ رِوَايَاتٍ:

أحَدُها: هَذِهِ.

والثَّانِيةُ: أنَّهُ يرْجَمُ عَلى كُلِّ حَالٍ، قالَ: ولَوَ كَانَ أحَدٌ يُرْجَمُ مَرَّتَيْنِ، رُجِمَ هَذا.

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٢٥.

وَالثَّالِثَةُ: أَنَّهُ يضربُ دُونَ الحَدِّ.

وَهُوَ قَوْلُ الحَكَمِ بْنِ عُتَيْبَةَ. وَلا أَعْلَمُ أَحَداً قَالَهُ قَبْلَ الحَكَمِ بْنِ عُتَيْبَةَ، إلا الرِّوَايَةَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ.

وَأَصَحُّ الرِّوَايَاتِ فِيهِ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، أَنَّهُ كَالزَّانِي.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبِي يُوسُف، وَمُحمَّدٍ، وَالحَسَنِ بْنِ حَيّ، وَعُثْمَانَ البتيِّ، وَأبي ثَوْرٍ، وَأَحْمَد بْنِ حَنْبَلٍ؛ فِي إِحْدى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ؛ كُلُّ هَؤُلاءِ، حَدُّ اللُّوطِيِّ عِنْدَهُمْ حَدُّ الزَّانِي، يُرْجَمُ إنْ كانَ مُحْصناً، وَإِنْ كَانَ بِكْراً جُلِدَ.

وقَالَ مَالِكٌ وَأَصْحابُهُ: يُرْجَمُ اللُّوطِيُّ، وَيُقْتَلُ بِالرَّجْمِ، أُحْصنَ أو لَمْ يُحصنْ.

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أبي طَالِبٍ، وَعُثْمانَ بْنِ عَفَّانَ.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، أَنَّهُ أَمَرَ بِإِحْرَاقِ مَنْ فعلَ ذَلِكَ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِقَوْلِ مَالِكٍ، فِي اللُّوطيِّ: يُرْجَمُ، أَحْصنَ أو لَمْ يُحْصنْ: جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ أَبُو الشَّعْثَاءِ، وَعَامِرٌ الشعبيُّ.

وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَإِسْحاقُ بْنُ رَاهويه، وَأَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ.

قال أبو عمر: هَذَا القَوْلُ أغلى؛ لأَنَّهُ رُوِي عَنِ الصَّحَابَةِ، وَلا مُخالِفَ لَهُ مِنْهُمْ، وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، وَهُوَ الحُجَّةُ فيما تَنازَعَ فِيهِ العُلَماءُ.

ذَكَرَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثني وَكِيعٌ، عَنِ ابْنِ أَبِي لَيْلى، عَنِ القَاسِمِ بْنِ الوَلِيدِ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ قَيْسٍ، أنَّ عَلِيّاً رَجَمَ لُوطِيّاً.

قَالَ: وَحَدَّثَنِي وَكِيعٌ، قَالَ: وَحَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ قَيْسٍ، عَنْ أبي حَصينٍ، أَنَّ عُثْمانَ، أَشْرَفَ عَلَى النَّاسِ يَوْمَ الدَّارِ، فَقالَ: أَمَا عَلِمْتُمْ أَنَّهُ لا يَحلُّ دَمُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ؛ إلا بِأَرْبَعَةٍ؛ رَجُل عَملَ عَملَ قَوْمِ لُوطٍ، أوِ ارْتَدَّ بَعْدَ الإيمانِ، أو زَنَى بَعْدَ إِحْصَانٍ، أو قَتَلَ نَفْساً مُؤْمِنَةً بِغَيْرِ حَق.

قَالَ: وَحَدَّثَنِي غسانُ بْنُ نصرٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ يَزِيدَ، عَنْ أَبِي نَضْرَةَ، قالَ: سُئِلَ ابْنُ عَبَّاسٍ: مَا حَدُّ اللُّوطيِّ؟ قالَ: ينظرُ إِلى أعلى بِنَاءٍ فِي القَرْيَةِ، فَيُرْمَى مِنْهُ مُنْكساً، ثُمَّ يتبعُ بِالحِجَارَةِ.

قالَ: وحَدَّثني مُحمدُ بْنُ بكر، قالَ: حدَّثني ابْنُ جُريج، قالَ: أَخْبَرنِي ابْنُ خَيثم، عَنْ مُجاهِدٍ، وَسَعيدِ بْنِ جُبيرٍ، أَنَّهُما سَمِعاً ابْنَ عَبَّاسٍ يَقُولُ، فِي الرَّجُلِ يُؤْخَذُ عَلَى اللُّوطِيَّةِ، أَنَّهُ يُرْجَم.

قال أبو عمر: أمَّا الآثارُ المُسْنَدةُ المرْفُوعَةُ إلى النَّبِيِّ ﷺ، فِي هَذا البَاب؛ فَأَحْسَنُها حَدِيثُ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ؛ رَواهُ عَنْ عِكْرِمَةَ: دَاوُدُ بْنُ حصينٍ، وَعَمْرو بْنُ أبي عَمْرٍو، مَوْلى المطلبِ، وَمثلهُ، أو نحوهُ حَدِيثُ جَابِرٍ، وَحَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ.

قَالَ: حدَّثني سَعِيدُ بْنُ نصرٍ، وَعَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفيانَ، قَالا: حدَّثَنِي قَاسِمُ بْنُ أصبَغ.

قالَ: حدَّثني إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحاقَ، قَالَ: حدَّثني إِسْحاقُ بْنُ مُحمدٍ، قالَ: حَدَّثني إِبْرَاهِيمُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، عَنْ دَاودَ بْنِ الحُصينِ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: «مَنْ وَقَعَ عَلَى رَجُلٍ، فَاقْتُلُوهُ». يَعْنِي: عَملَ عَملَ قَوْمِ لُوطٍ.

وَحدَّثاني، قالَ: حدَّثني قَاسِمٌ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ وَضَّاحٍ، قالَ: حدَّثني أَبُو بَكْرِ بْنُ أبي شَيْبَة، قالَ: حدَّثني إِبْراهِيمَ بْن إِسْماعِيلَ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الحصينِ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أنَّ النبيَّ ﷺ، قَالَ: «اقْتُلُوا الفَاعِلَ، وَالمَفْعُولَ بِهِ»، يَعْنِي فِي اللُّوطةِ.

وَذكرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قالَ: أَخْبَرَنا إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُحمدٍ، قالَ: حَدَّثني دَاوُدُ بْنُ الحُصينِ، عَنْ عكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اقْتُلُوا الفَاعِلَ، وَالمفْعُولَ بِهِ» الَّذِي يعملُ عَملَ قَومِ لُوطٍ[1].

وَأَخبَرَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ بَكْرٍ، قَالَ: حَدَّثني أَبُو دَاوُدَ، قَالَ: حَدَّثني النُّفيليُّ، قالَ: حدَّثني عَبْدُ العَزيزِ بْنُ مُحمدٍ، قالَ: حدَّثني عَنْ عَمْرِو بْنِ أبي عَمْرٍو، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ وَجَدْتُمُوهُ يَعْمَلُ عَملَ قَوْمِ لُوطٍ، فَاقْتُلُوا الفَاعِلَ، وَالمَفْعُولَ بِهِ»[2].

قالَ أَبُو دَاوُدَ: وَرَواهُ سُلَيْمانُ بْنُ بِلَالٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ أبي عَمْرُو مثلهُ، وَرَواهُ عَبَّادُ بْنُ مَنْصُورٍ، عَنْ عكْرمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

وَأمَّا حَدِيثُ جَابِرٍ؛ فَحدَّثناهُ عَبْدُ الوَارِثِ، قَالَ: حدَّثني قَاسِمٌ، قالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ وَضَّاحٍ، قالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ آدمَ، قالَ: حدَّثَنِي المحاربيُّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَثِيرٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحمدِ بْنِ عُقَيْلٍ، عَنْ جابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، قالَ: قالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ عَملَ عَملَ قوم لُوطٍ، فَاقْتُلُوهُ»[3].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٧/ ٣٦٤.

(٢) أخرجه أبو داود في الحدود باب ٢٨، والترمذي في الحدود باب ٢٤، وابن ماجه في الحدود باب ٢.

(٣) انظر الحاشية السابقة.

وَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ فَرَوَاهُ عَاصِمُ بْنُ عُمَرَ، عَنْ سهيلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، قالَ: «الَّذِي يَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ؛ ارْجُمُوا الأَعْلَى، وَالأَسْفَل، ارْجُمُوهُما جَمِيعاً».

قال أبو عمر: عَاصِمُ بْنُ عُمَرَ هَذَا، هُوَ أَخُو عُبَيدِ اللَّهِ، وَعَبْدِ اللَّهِ ابْنَيْ عُمَرَ بْنِ حفصِ بْنِ عَاصِمِ بن عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَهُوَ مَجْهُولٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، ودَاوُدُ: يُعَذَّرُ اللُّوطيُّ، وَلا حدَّ عَلَيهِ، إلا الأَدَبُ وَالتعْزِيرُ، إلا أَنَّ التَّعْذِيرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، أَشَدُّ الضَّرْبِ.

وَحُجَّتُهُمْ قَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «لا يحلُّ دَمُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلا بِإحْدى ثَلاثٍ؛ كفْرِ بَعْدِ إيمانٍ، أو زِنًى بَعْدَ إحْصَانٍ، أو قَتْلِ نَفْسٍ بِغَيْرِ حَقٍّ»(١).

وَهَذا حَدِيثٌ قِيلَ فِي وَقْتٍ، ثُمَّ نَزَلَ بَعْدَهُ إِبَاحَةُ دَمِ السَّاعِي بِالفَسَادِ فِي الأَرْضِ، وَقَاطع السَّبِيل، وَعَامِلِ عَمل قوم لُوطٍ، وَمَنْ شَقَّ عَصَى المُسْلِمِينَ، وَقدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا بُويعَ لِخَلِيفَتَيْنِ فاقْتُلُوا الآخرَ مِنْهُما»(٢)، وَجَاءَ النَّصُّ فيمن عَملَ عَملَ قَوْمِ لُوطٍ: «فَاقْتُلُوهُ».

وَهَـذا مِـنْ نَـحْـوِ قَـوْلِ الـلَّـهِ عَـزَّ وجـلَّ: ﴿لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ﴾ [الأنعام: ١٤٥].

ثُمَّ حَرَّمَ اللَّهُ عزَّ وجلَّ بَعْدَ ذَلِكَ أَشْيَاءَ كَثيرةً فِي كِتَابِهِ، أو عَلَى لسان نَبِيِّهِ؛ مِنْها أَنَّ اللُّوطِيَّ زَانٍ، وَاللِّوَاطَ زِنًى، وَأَقْبَحُ مِنَ الزِّنَى. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، أَنَّهُ قَالَ: «لَعَنَ اللَّهُ مَنْ عَملَ عَملَ قَوْم لُوطٍ، لَعَنَ اللَّهُ مَنْ عَملَ عَمَل قَوْمِ لُوطٍ، لَعَنَ اللَّهُ مَنْ عَملَ عَملَ قَوْم لُوطٍ»(٣)، وَلَمْ يَبْلُغْنا أَنَّهُ لَعَنَ الزَّانِي، بَلْ أمَرَ بِالسَّتْرِ عَلَيهِ، وَأولى النَّاس أنْ يَقُولَ: اللِّواطُ كَالزِّنى مَنْ أَجازَ وَطْءَ الدُّبرِ مِنَ الزَّوْجَاتِ، وَالإماءِ، وَهُوَ عِنْدَنَا غَيْرُ جَائِزٍ ـ وَالحمدُ للَّهِ ـ بِمَوْضع الأذى، كَالحَيْضِ مِنَ النِّسَاءِ، وَبِاللَّهِ تَوْفِيقُنَا.

---

(١) أخرجه البخاري في الديات باب ٦، ومسلم في القسامة حديث ٢٥، ٢٦، وأبو داود في الحدود باب ١، والترمذي في الديات باب ١٠، والنسائي في التحريم باب ٥، ١١، ١٤، والدارمي في السير باب ١١، وأحمد في المسند ١/ ٦١، ٦٣، ٦٥، ٧٠، ١٦٣، ٣٨٢، ٤٢٨، ٤٤٤، ٤٦٥، ٦/ ١٨١، ٢١٤.

(٢) أخرجه مسلم في الإمارة حديث ٦١.

(٣) أخرجه أحمد في المسند ١/ ٣٠٩، ٣١٧.

٢ ـ باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا

١٥٣٢ ـ مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ؛ أَنَّ رَجُلا اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَدَعَا لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِسَوْطٍ[١]، فَأُتِيَ بِسَوْطٍ مَكْسُورٍ، فَقَالَ: «فَوْقَ هذَا» فَأُتِيَ بِسَوْطٍ جَدِيدٍ، لَمْ تُقْطَعْ ثَمَرَتُهُ[٢]، فَقَالَ: «دُونَ هذَا» فَأُتِيَ بِسَوْطٍ قَدْ رُكِبَ بِهِ وَلانَ، فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَجُلِدَ، ثُمَّ قَالَ: «أَيُّها النَّاسُ! قَدْ آنَ لَكُمْ أَنْ تَنْتَهُوا عَنْ حُدُودِ اللَّهِ، مَنْ أَصَابَ مِنْ هذِهِ القَاذُوراتِ[٣] شَيْئاً، فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ، فَإِنَّهُ مَنْ يُبْدِي لَنَا صَفْحَتَهُ[٤]، نُقِمْ عَلَيهِ كِتَابَ اللَّهِ.

قال أبو عمر: لَمْ يُخْتَلَفْ عَنْ مَالِكٍ، فِي إِرْسَالِ هَذَا الحَدِيثِ، وَلا أَعْلَمُهُ يَسْتَنِدُ بِهَذَا اللَّفْظِ مِنْ وَجْهٍ مِنَ الوُجوه.

وَقَدْ ذَكَرَ ابْنُ وَهْبٍ، فِي «مُوَطَّئِهِ»، عَنْ مخْرمةَ بْنِ بكيرٍ، عَنْ أبيهِ، قَالَ: سَمِعْتُ عُبيدَ اللَّهِ بْنَ مقسم، يَقُولُ: سَمِعْتُ كريباً مَوْلى ابْنِ عَبَّاسٍ، أو حُدِّثْتُ عَنْهُ، أَنَّهُ قَالَ: أَتى رَجُلٌ النَّبِيَّ ﷺ، فَاعْتَرفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنى، وَلَمْ يَكُنِ الرَّجُلُ أحصنَ، فأَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، سَوْطاً، فَوَجَدَ رَأْسَهُ شَدِيداً، فَرَدَّهُ، ثُمَّ أَخَذَ سَوْطاً، فَوَجَدَ رَأْسَهُ لَيِّناً، فَأَمَرَ رَجُلاً مِنَ القَوْمِ، فَجَلَدَهُ مائة جَلْدَةٍ، ثُمَّ قامَ عَلَى المِنْبَرِ، فَقَالَ: «أَيُّها النَّاسُ، اتَّقُوا اللَّهَ، وَاسْتَتِرُوا بِسِتْرِ اللَّهِ».

وَقَالَ: «انْظُرُوا مَا كرهَ اللَّهُ لَكُمْ، فَاجْتَنِبُوهُ».

أَوْ قَالَ: «احْذَرُوا مَا حَذَّرَكُمُ اللَّهُ مِنَ الأَعْمَالِ، فَاجْتَنِبُوه، إِنَّهُ مَا نؤتى به من امرىءٍ».

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: مَعْناهُ نُقِمْ عَلَيهِ كِتَابَ اللَّهِ.

قال أبو عمر: هَذَا معنى حديث قَوْلِ مَالِكٍ، وَإِنْ كَانَ خِلافَ لَفْظِهِ، وَفِيهِ كَرَاهَةُ الاعْتِرافِ بِالزِّنَى، وَحُبُّ السّترِ عَلَى نَفْسِهِ، وَالفَزَعُ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، فِي التَّوبَةِ، وَقَدْ

١٥٣٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٢، من كتاب الحدود، باب ٢ (ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا) وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٣٢٦.

(١) دعا له رسول الله ﷺ بسوط: أي طلب لأجله سوطاً.

(٢) لم تقطع ثمرته: قال الجوهري: ثمر السياط: عُقَد أطرافها.

(٣) القاذورات: كل قول أو فعل يستقبح، كالزنا، وشرب الخمر، والقذف، سميت قاذورة لأن حقها أن تقذر، فوصفت بما يوصف به صاحبه.

(٤) يبدي لنا صفحته: الصفحة لغةً، هي الجانب والوجه والناحية، والمراد أن من يظهر لنا ما ستره من عمل القبائح نقم عليه الحد.

تَقدَّمَ هَذا المَعْنَى فِي البَابِ قَبْل هَذا، وَتقدَّمَ كَثِيرٌ مِنْ مَعَانِي هَذَا الحَدِيثِ فِي ذَلِكَ البَابِ، وَالحمدُ للَّهِ.

وَفِي حَدِيثِ هَذا البَابِ أيْضاً، أنَّ السُّلْطانَ إذا أقرَّ عِنْدَهُ المُقرُّ بِحَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ، ثُمَّ لَمْ يَرْجِعْ عَنْهُ، لَزِمَهُ إقامَةُ الحَدِّ عَلَيهِ، وَلَمْ يَجُزْ لَهُ العَفْو عَنْهُ.

وَقَدْ ذَكَرْنا فِي فَضْلِ السترِ عَلَى المُسْلِمِ، وَسَتْرِ المَرْءِ عَلَى نَفْسِهِ، أحَادِيثَ كَثِيرَةً، فِي «التَّمْهِيدِ».

منها مَا حدَّثني أحْمَدُ بْنُ عُمَرَ، قالَ: حدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ، قالَ: حَدَّثني مُحمّدُ بْنُ فطيس، قالَ: حدَّثني مَالِكُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَيْفٍ، قالَ: حدَّثني عُمَرُ بْنُ الربيع بْنِ طَارِقٍ، قالَ: أخْبَرَنِي يَحْيَى بْنُ أيُّوبَ عن عيسى بْنِ مُوسى بْنِ إيَاسِ بْنِ البكيرِ، أنَّ صَفْوانَ بْنَ سليم، حدَّثَهُ، عَنْ أنَسِ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، أنَّهُ قَالَ: «اطْلُبُوا الخَيْرَ دَهْرَكُمْ كُلَّهُ، وَتعرضُوا نَفحاتَ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ؛ فَإنَّ لِلَّهِ نَفَحاتٍ مِنْ رَحْمَتِهِ يُصِيبُ بِهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ، وَسَلُوهُ أنْ يَسْتُرَ عَوْرَاتِكُمْ، وَيُؤَمِّنَ رَوْعَاتِكُمْ».

حدَّثني عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ مروانَ، قَالَ: حدَّثني أحْمَدُ بْنُ سُلَيْمانَ بْنِ عَمرو البغداديُّ، بِمِصْرَ، قالَ: حدَّثني أبُو عَمران: مُوسَى بْنُ سهيل البصريُّ، قالَ: حدَّثني عَبْدُ الوَاحِدِ بْنُ غياث، قالَ: حدَّثني فَضالُ بْنُ جُبَيْرٍ، عَنْ أبِي أُمَامَةَ البَاهِلِيِّ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «ثلاثٌ؛ لَو حَلَفْتُ عَليهنَّ، لَبرزْتُ، والرَّابعةُ، لَو حلَفْتُ عَلَيها، لرجَوْتُ: أنَّ لا آثَم، لا يَجْعَلُ اللَّهُ من له سهم فِي الإِسْلَامِ كمن لا سَهمَ لَهُ، وَلا يَتولَّى اللَّهُ عَبْداً، فَيُولِيهُ إلَى غيرِهِ. وَلا يُحِبُّ قَوْمٌ عَبْداً، إلاَّ بَعثَهُ اللَّهُ فِيهِمْ» أو قالَ مَعَهُم، «وَلا يَسْتُرُ اللَّهُ عَلى عَبْدٍ فِي الدُّنيا، إلا سَترَ عَلَيهِ عِنْدَ المعَادِ».

حدَّثَني سَعِيدُ بْنُ نَصْرٍ، قَالَ: حَدَّثني قاسم بْنُ أصبَغ، قالَ: حدَّثني ابْنُ وَضَّاحٍ، قالَ: حدَّثني أبُو بَكْرِ بْنُ أبي شَيْبَة، قالَ: حدَّثني عَفَّانُ، قالَ: حدَّثني هَمَّامٌ، قَالَ: سَمِعْتُ إسْحاقَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أبي طَلْحَةَ، قالَ: حَدَّثني شَيْبَةُ الحضرمي، أنَّهُ شهد عُرْوةَ يُحَدِّثُ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ العَزِيزِ، عَنْ عَائِشَةَ، أنَّ النَّبيَّ ﷺ، قالَ: «مَا سَترَ اللَّهُ عَلى عَبْدٍ فِي الدُّنيا، إلا سَترَ عَلَيهِ فِي الآخِرَة».

أخْبَرنا عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ يَحيَى، قَالَ: حدَّثني أحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ، قالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ مُحمدٍ الباهليُّ، قالَ: حدَّثني سُلَيْمانُ بْنُ عَمْرٍو، وَهُوَ الأقطعُ، قالَ: حدَّثني عِيسى بْنُ يونسَ، عَنْ حنظلَةَ السَّدُوسيِّ، قالَ: سَمِعْتُ أنَسَ بْنَ مَالِكٍ، يَقُولُ: كَانَ يُؤْمَرُ بِالسوطِ، فَتُقطعُ ثَمرَتُهُ، ثُمَّ يدقُّ بَيْنَ حَجرَيْنِ حتَّى يَلِينَ، ثُمَّ يُضْربَ بِهِ.

قُلْنا لأنسٍ: فِي زَمَانِ مَنْ كَانَ هَذا؟

قَالَ: فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الخطَّاب.

وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ، فِي المَوْضع الَّتِي يُضْربُ بِها الإنْسانُ في الحُدُود:

فَقالَ مَالِك: الحُدُودُ كُلُّها لا تُضْرَبُ إلا فِي الظَّهْرِ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ التَّعزيرُ، لا يضْربُ إلا فِي الظَّهْرِ عِنْدَنا.

وَقالَ الشَّافعيُّ وَأَصْحابُهُ يُتَّقى الفَرْجُ وَالوَجْهُ، وَتُضْرَبُ سَائِرُ الأعْضَاءِ.

وَرُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبِ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، مِثْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ؛ أنَّهُ كانَ يَقُولُ: اتَّقُوا وَجْهَهُ، والمذاكير.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَمُحمدُ بْنُ الحَسَنِ: تُضرَبُ الأعْضَاءُ كُلُّها فِي الحُدُودِ، إلا الفَرْجَ، وَالرَّأسَ.

وَقالَ أَبُو يُوسُفَ: يُضْرَبُ الرَّأْسُ أيْضاً.

قال أبو عمر: رَوَى سُفْيَانُ، عَنْ عَاصِم، عَنْ أَبِي عُثْمانَ، أنَّ عُمَرَ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ، أُتِيَ بِرَجُلٍ فِي حَدٍّ، فَقالَ لِلْجَلادِ: اضْرِبْ، وَلا نَرى إبطَكَ، وَأَعْطِ كُلَّ عُضْوٍ حَقَّهُ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ، وَابْنِ عُمَرَ، أنَّهُما قَالَا: لا يُضْرَبُ الرَّأْس.

قَالَ ابْنُ عُمَرَ: لا يُؤْمَرُ أنْ يضربَ الرَّأْسَ.

وَاخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ ضَرْبِ الرِّجالِ، وَالنِّساءِ؛ قِياماً أو قُعُوداً.

فَقالَ مَالِكٌ: الرَّجُلُ، وَالمَرْأَةُ، فِي الحُدُودِ كُلِّها سَوَاءٌ، لا يُقامُ وَاحِدٌ مِنْهُما، يُضْرَبانِ قَاعِدَيْنِ، وَيُجَرَّدُ الرَّجُلُ فِي جَمِيعِ الحُدُودِ، وَيُتْرَكُ عَلَى المَرْأَةِ ما يَسْتُرُها، وَيُنْزَعُ عَنْها مَا يَقِيها مِنَ الضَرْبِ.

وَقالَ الثَّوْرِيُّ: لَا يُجَرَّدُ الرَّجُلُ، وَلا يُمَدُّ، وَيُضرَبُ قَائِماً، وَالمَرْأَةُ قَاعِدَةً.

وَقالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافعيُّ: الضَرْبُ فِي الحُدودِ كُلِّها، وَفِي التَّعْزِيرِ، مُجَرَّداً، قائماً غَيْرَ مَمْدُودٍ، إلا حَدَّ القَذْفِ؛ فَإِنَّهُ يُضْرَبُ وَعَلَيهِ ثِيَابُهُ، وَيُنْزَعُ عَنْهُ المَحْشوُّ، وَالبُرْدُ، والفرو.

قال أبو عمر: فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ، فِي رَجْمِ اليَهُودِيَّيْن، مَا يَدُلُّ عَلى أنَّ الرَّجُلَ، كَانَ قَائِماً، وَالمَرْأَةَ قَاعِدَةً؛ لِقَوْلِهِ فِيهِ: فَرَأَيْتُ الرَّجُلَ يَحْنِي عَلى المَرْأةِ، يَقِيها الحِجَارَةَ.

وَمَا جاءَ عَنْ عُمَرَ، وَعَلِيٍّ، فِي ضَرْبِ الأعْضَاءِ، مَا يَدُلُّ عَلَى القِيَامِ. وَاللَّهُ أعْلَمُ.

وَمِمَّا يَدُلُّ عَلى الضَّرْبِ قَائِماً؛ مَا رَوَاهُ شعْبَةُ، عَنْ أَبِي مَيْمُونَةَ، قَالَ: أَتَيْتُ

المَدِينَة، فَدَخَلْتُ المَسْجِدَ، وَقَيَّدْتُ بَعِيرِي، فَجَاءَ رَجُلٌ، فجلدَ فَقُلْتُ لَهُ: يَا نائكَ أُمِّهِ، فَرَفَعَنِي إِلى أَبِي هُرَيرَةَ، وَهُوَ خَلِيفَةٌ لِمَروانَ، فَضَربَنِي ثَمَانِينَ، قَالَ: فَرَكِبْتُ بَعِيرِي، وَقُلْتُ:

لَعَمْرُكَ إِنَّنِي يومَ أَضْربُ قَائِماً ثَمانِينَ سَوْطاً، إِنَّنِي لَصَبُورُ

وَاخْتَلفُوا فِي أَشَدِّ الحُدُودِ ضَرْباً.

فَقالَ مَالِكٌ وَأَصْحابُهُ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ: الضَّرْبُ فِي الحُدُودِ كُلِّها سَوَاءٌ، ضَرْبٌ غَيْرُ مُبرحٍ، ضربٌ بَيْنَ ضَرْبَيْنِ.

وَقالَ أَبو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُ: التَّعْزِيرُ أَشَدُّ الضَّرْبِ، وَضَرْبُ الزِّنى أَشَدُّ مِنَ الضَّرْبِ فِي الخَمْرِ، وَضَرْبُ السَّارِقِ أَشَدُّ مِنْ ضَرْبِ القَاذِفِ.

وَقالَ الثَّوْرِيُّ: ضَرْبُ الزِّنى، أَشَدُّ مِنْ ضَرْبِ القَذْفِ، وضَرْبُ القَذْفِ أَشَدُّ مِنْ ضَرْبِ الشُّرْبِ.

وَقالَ الحَسَنُ بْنُ حيّ: ضَرْبُ الزِّنى أَشَدُّ مِنْ ضَرْبِ الشُّرْبِ وَالقَذْفِ.

وَعَنِ الحَسَنِ البَصْرِيِّ مِثْلُهُ، وَزاد: وَضَرْبُ الشُّرْبِ أَشَدُّ مِنَ التَّعْزِيرِ.

وَقالَ عَطاءُ بْنُ أَبي رَباحٍ: حَدُّ [الزَّنْيَةِ] أَشَدُّ مِنْ حَدِّ الفِرْيَةِ، وَحدُّ الفِرْيَةِ وَالخَمْرِ وَاحِدٌ.

قال أبو عمر: القِيَاسُ أَنْ يَكُونَ الضَّرْبُ فِي الحُدُودِ كُلِّها وَاحِداً؛ لِوُرُودِ التَّوْقِيفِ فِيها عَلَى عدد الجلداتِ، وَلا يرد فِي شَيْءٍ مِنْها تَخْفِيفٌ وَلا تَثْقِيلٌ عَمَّا يَجبُ التَّسْلِيمُ لَهُ، فَوَجَبَتِ التَّسْوِيَةُ فِي ذَلِكَ، وَمَنْ فَرَّقَ بَيْنَ شيءٍ مِنْ ذَلِكَ، احتَاجَ إِلى دَلِيلٍ، وَقدْ ذَكَرنا مَا نَزَعَتْ بِهِ كُلُّ فِرْقَةٍ، مِنَ الآثارِ لأَقْوالِهِمْ، فِي كِتَاب «التَّمْهِيدِ».

قال أبو عمر: رَوَى شُعْبَةُ، عَنْ وَاصِلٍ، عَنِ المَعْرُورِ بْنِ سُوَيْدٍ، قالَ: أُتِي عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ، بِامْرَأَةٍ زَنَتْ، فَقالَ: أَفسدت حَسَبَها، اضْرِبُوها حَدَّها، وَلا تخرقوا عليها جلدها.

وَرُوِي عَنْ عَلِيٍّ، أَنَّهُ قَالَ لقنبر فِي العَبْدِ، الَّذِي أَقرَّ عِنْدَهُ بِالزنّى: اضْرِبْهُ كَذَا وَكَذا، وَلا تَنْهكْ.

ورُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ، وَعُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُما، دَلِيلٌ على أَنَّ قَوْلَ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ﴾ [النور: ٢] لَمْ يُرِدْ بِهِ شِدَّةَ الضَّرْبِ، وَالإِسْراف فِيهِ، وَإِنَّما أَرادَ تَعْطِيلَ الحُدُودِ، وَأَنْ لا تَأخذَ الحُكَّامِ رَأْفَةٌ عَلَى الزُّناةِ، فَلا يجْلدُونَهم، وَيُعَطِّلُوا الحُدُودَ.

وَهَذا قَوْلُ جَماعَةِ أَهْلِ التَّفْسِيرِ.

وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ؛ الحَسَنُ، وَمُجَاهِدٌ، وَعَطاءٌ، وَعِكْرِمةُ، وَزَيْدُ بْنُ أَسْلَمَ.

وَرَوى وَكِيعٌ، عَنْ عِمْرانَ بْنِ حدير، عَنْ أَبي مجْلز، فِي قَوْلِهِ عزَّ وجلَّ: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ﴾ [النور: ٢]. قالَ: إِقَامَةُ الحُدُودِ إذا رُفِعَتْ إلى السُّلْطانِ.

وَرَوى نَافعٌ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ الجمحيّ، عَنِ ابْنِ أَبي مُلَيْكَةَ، عَنْ عُبيدِ أو عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، قَالَ: ضَرَبَ ابْنُ عُمَرَ جَارِيَةً لَهُ أَحْدَثَتْ، فَجعلَ يضْربُ رِجْلَيْها، قَالَ: وَأَحْسِبُهُ قالَ: ظَهْرَهَا.

قالَ: فَقُلْتُ: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ﴾ [النور: ٢]. قالَ: يَا بني، وأَخَذَتْنِي بِهما رَأْفةٌ، إِنَّ اللَّهَ عزَّ وجلَّ، لَمْ يأمُرْنِي أَنْ أَقْتُلَها، أَمَّا أَنا؛ فَقَدْ أَوْجعْتُ حِينَ ضَربْتُ.

١٥٣٣ ـ مَالِكٌ عَنْ نَافع؛ أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبي عُبَيْدٍ أَخْبَرَتْهُ: أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ أُتِيَ بِرَجُل قَدْ وَقَعَ عَلَى جَارِيَةٍ بِكْر فَأَحْبَلَهَا، ثُمَّ اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا، وَلَمْ يَكُنْ أَحْصَنَ. فأَمَرَ بِهِ أَبو بَكرٍ فَجُلِدَ الْحَدَّ، ثُمَّ نُفِيَ إِلى فَدَكَ.

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ، فِي بَابِ الرَّجْمِ، أَنَّ النَّبيَّ ﷺ، جَلدَ العسيفَ، وَغَرَّبَهُ عَاماً، وَذَكَرْنَا هُناكَ حَدِيثَ نَافعٍ، عَنِ النَّبيِّ ﷺ: «البِكْرُ جَلْدُ مِائةٍ، وَتَغْرِيبُ عَام» وَذكَرْنا هُناكَ أَيْضاً، حَدِيثَ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، ضَرَبَ، وَغرَّبَ، وَأَنَّ أَبَا بَكْرٍ، ضَرَبَ، وَغرَّبَ، وَأَنَّ عُمَرَ، ضَرَبَ، وَغرَّبَ، وَالتَّغْرِيبُ: النَّفْيُ، وَذَكَرْنا ما لِلْفُقهاءِ مِنَ الاخْتِلافِ، فِي نَفي العَبِيد، وَالنِّساءِ.

وَخالَفَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهُ، الآثارَ المَرْفُوعَةَ، وَغَيْرَها فِي هَذا البَابِ، فَلَمْ يَرَوا عَلى الزَّانِي البِكْرِ، غَيْرَ الجَلْدِ.

وَالجُمْهُورُ عَلَى تَغْرِيبِ الرَّجُلِ الحُرِّ؛ إِذَا زَنى، وَأُقِيمَ عَلَيه الحَدُّ، إلا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ يَجْعَلُ سِجْنَهُ التَّغْرِيبَ، وَالأَكْثَرُ يَنْفُونَهُ مِنْ بَلَدِهِ، وَيَسْجنُونَهُ بِالبَلَدِ الَّذِي يُغَرِّبُونَهُ بِهِ.

وَفِي آخرِ هَذا البَابِ قَالَ مَالِكٌ: الَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ أَنَّهُ لا نَفْي عَلى العَبيدِ إذا زَنَوْا.

قال أبو عمر: قَوْلُ مَالِكٍ، وَمَذْهَبُهُ؛ أَنَّهُ لا نَفْيَ عَلَى العَبِيدِ، وَلا عَلى النِّساءِ.

وَقالَ الأَوْزَاعِيُّ: يُنْفَى الزُّناةُ الرِّجَالُ كُلُّهم، عَبِيداً أَو أَحْراراً، وَلا يُنْفَى النِّساءُ.

١٥٣٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٣، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٢٣، وعبد الرزاق في المصنف ٧/ ٢٠٤.

وَقالَ الثَّوْرِيُّ، والحَسَنُ بْنُ حي: يُنْفى الزُّناةُ كُلُّهُمْ.

واخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ.

فَمرَّةً قَالَ: يُنْفَى الزُّنَاةُ كُلُّهُمْ إذا جُلِدُوا، عَبِيداً كَانُوا أو أحْرَاراً، ذُكْرَاناً كَانُوا أو إناثاً، سَنَة بِسَنةٍ، إلَى غَيْرِ بِلادِهِمْ.

وَمَرَّةً قَالَ: يُنْفَى العَبْدُ إلى غَيْرِ بَلَدِهِ نِصْفَ سَنَةٍ.

وَبِهِ قَالَ الطَّبَرِيُّ.

وَمَرَّةً قَالَ: اسْتَخِيرُوا اللَّهَ فِي نَفْيِ العَبِيدِ.

ذَكَرَ أبُو بَكْرِ بْنُ أبي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثَنِي هَارُونُ، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ إسْحَاقَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أنَّ أبَا بَكْرٍ، رضي الله عنه، نَفَى رَجُلاً وَامْرأةً حَوْلاً.

قال أبو عمر: رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أنَّهُ نَفَى إلى خَيْبَرَ، وَعَنْ عُمَرَ، أنَّهُ نَفَى إلَى خَيْبَر، وَعَنْ عَلِيٍّ، أنَّهُ نَفَى إلَى البَصْرَةِ، وَعَنْ عُثْمانَ، أنَّهُ نَفَى إلى خَيْبَرَ.

وَسئِلَ الشَّعبيُّ: مِنْ أيْنَ إلى أيْنَ النَّفْيُ؟ قَالَ: مِنْ عَمَلِهِ إلى عَمَلِ غَيْرِه.

قَالَ مَالِكٌ[١]، فِي الذي يَعْتَرِفُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا، ثُمَّ يَرْجِعُ عَنْ ذَلِكَ وَيَقُولُ: لَمْ أفْعَلْ، وَإنَّما كانَ ذَلِكَ مِنِّي عَلَى وَجْهِ كَذَا وَكَذَا، لِشَيْءٍ يَذْكُرُهُ: إنَّ ذَلِكَ يُقبَلُ مِنْهُ، وَلا يُقَامُ عَلَيْهِ الحَدُّ، وذلِكَ أنَّ الحَدَّ الَّذِي هُوَ لِلَّهِ، لا يُؤْخَذُ إلا بَأحَدِ وَجْهَيْنِ: إمَّا بِبَيِّنَةٍ عَادِلَةٍ تُثْبِتُ عَلَى صَاحِبِها، وَإمَّا بِاعْتِرَافٍ يُقِيمُ عَلَيْهِ حَتَّى يُقَامَ عَلَيْهِ الحَدُّ. فإنْ أقَامَ عَلَى اعْتِرَافِهِ، أُقِيمَ عَلَيْهِ الحَدُّ.

قال أبو عمر: اتَّفَقَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأبُو حَنيفَة وَأصْحابُهُ، أنَّهُ يُقْبَلُ رُجُوعُ المُقِرِّ بِالزِّنى، وَشُرْبِ الخَمْرِ، وَكَذَلِكَ السَّرِقَة إذا أقَرَّ بِها السَّارِقُ مِنْ مَالِ الرَّجُلِ وَحِرْزِهِ، فَأكذبَهُ ذَلِكَ الرَّجُلُ، وَلَمْ يَدع السَّرِقَة، ثُمَّ رَجع السَّارِقُ عَنْ إقْرارِهِ، قُبِلَ إقْرارُهُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَمَنْ ذَكَرْنا مَعَهُ.

وَقالَ ابْنُ أبي لَيْلَى، وَعُثْمانُ البتيُّ: لا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ فِي الزِّنى، وَلا فِي السَّرِقَةِ، وَلا فِي الخَمْرِ.

وَقالَ الأوْزَاعِيُّ، فِي رَجُل أقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بالزِّنى أرْبَعَ مَرَّاتٍ، وَهُوَ مُحصنٌ، ثُمَّ نَدمَ، وَأنْكَرَ أنْ يَكُونَ أتى ذَلِكَ، أنَّهُ يُضْرَبُ حَدَّ الفِرْيَةِ عَلَى نَفْسِهِ، قَالَ: وَإنِ اعْتَرَفَ

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٢٦.

بِسَرِقَةٍ، أو شُرْبِ خَمْرٍ، أو قَتْلٍ، ثُمَّ أنْكَرَ، عَاقَبَهُ السُّلْطانُ دُونَ الحَدِّ.

قال أبو عمر: قَالَ الأوْزَاعِيُّ: ضَعِيفٌ، لا يثبتُ عَلَى النَّظَرِ.

وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ، فِي المُقِرِّ بِالزِّنى، أو بِشُربِ الخَمْرِ، يُقامُ عَلَيهِ الحَدُّ، فَيرْجعُ تَحْتَ الجَلْدِ، قبلَ أنْ يتمَّ الحدَّ؛ فَمرَّةً قالَ: إذا أُقِيمَ عَلَيهِ أكْثَرُ الحَدِّ، أتمَّ عَلَيهِ؛ لأنَّ رُجُوعَهُ نَدَمٌ مِنْهُ. وَمَرَّةً قالَ: يقبلُ رجُوعُهُ أبداً، ولا يضربُ بعد رجوعهِ، ويرفعُ عَنْهُ.

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ القَاسِمِ، وَجَماعَةِ الفُقهاءِ.

قال أبو عمر: مُحالٌ أنْ يُقامَ عَلَى أحَدٍ حَدٌّ بِغَيْرِ إقْرارٍ، وَلا بَيِّنَةٍ، وَلا فَرْقَ فِي قِيَاسٍ، وَلا نَظَرٍ، بَيْنَ رُجُوعِهِ قَبْلَ الحَدِّ، وَفِي أوَّلِهِ، وَفِي آخِرِهِ، وَدماء المُسْلمينَ فَإذا هُوَ مُحرَّمٌ، فَلا يُسْتَباحُ مِنْهُ شَيْءٌ إلا بِيَقِينٍ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ، مِنْ حَدِيثِ أبي هُرَيْرةَ، وَحَديثِ أبي هريرة، وحديثِ جَابرٍ، وحديثِ نعيم بْنِ هزَّالٍ.

وَحَدِيث أبي هُرَيْرَةَ، أنَّ مَاعِزاً لما رُجِمَ، وَمَسَّتْهُ الحِجَارَةُ، هَربَ، فَأتبعُوهُ، فَقالَ لَهُمْ: رُدُّوني إلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. فَقَتَلُوهُ رَجْماً، وَذكَرُوا ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فقالَ: «هَلا تَركْتُمُوهُ؛ لَعَلَّهُ يتُوبُ، فَيَتُوبَ اللَّهُ عَلَيهِ»[1].

فَفِي هَذا أوْضَحُ الدَّلائِلِ عَلَى أنَّ المُقِرَّ بِالحُدُودِ، يُقْبَلُ رُجُوعُهُ إذا رَجعَ؛ لأنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، جَعَلَ هُرُوبَهُ، وَقَوْلَهُ: رُدُّوني إلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، رُجُوعاً، وَقالَ: «فَهَلا تَركْتُمُوهُ».

وَقدْ أجْمَعَ العُلَمَاءُ عَلى أنَّ الحَدَّ إذا وَجَبَ بِالشَّهَادَةِ، وَأُقِيمَ بَعْضُهُ، ثُمَّ رَجَعَ الشُّهُودُ قَبْلَ أنْ يُقامَ الحَدُّ، أو قَبْلَ أنْ يتمَّ، أنَّهُ لا يُقامُ عَلَيهِ، وَلا يتمُّ مَا بَقِيَ مِنْهُ بَعْدَ رُجُوعِ الشُّهودِ، فَكَذَلِكَ الإِقْرارُ وَالرُّجُوعُ. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٣ ـ باب جامع ما جاء في حد الزنا

١٥٣٤ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ

---

(١) أخرجه الترمذي في الحدود باب ٥.

١٥٣٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٤، من كتاب الحدود، باب ٣ (جامع ما جاء في حد الزنا)، وقد أخرجه البخاري في البيوع، باب ٦٦ (بيع العبد الزاني) حديث ٢١٥٣، ومسلم في الحدود باب ٦ (رجم اليهود أهل الذمة في الزنى)، حديث ٣٣، وأبو داود في الحدود حديث ٤٤٦٩، ٤٤٧٠، والترمذي في الحدود حديث ١٤٤٠، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٦٥، والدارمي في الحدود حديث ٢٣٢٦، وأحمد في المسند ٤/١١٦، ١١٧.

مَسْعُودٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَزَيْدِ بْنِ خَالِدِ الْجُهَنِيِّ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، سُئِلَ عَنِ الأمَةِ إذا زَنَتْ وَلَمْ تُحْصِنْ؟ فَقَالَ: «إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوها، ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا، ثمَّ إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدوهَا، ثُمَّ بِيعُوها، وَلَوْ بِضَفِير»[١].

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: لا أَدْرِي أَبَعْدَ الثَّالِثَةِ أو الرَّابِعَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالضَّفِير الحَبْلُ.

هَكَذا رَوَى مَالِكٌ هَذا الحَدِيثَ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، بِهَذَا الإِسْنَادِ، وَتَابَعَهُ عَلى إِسْنَادِهِ هَذا، يُونُسُ بْنُ يَزِيدَ، وَيَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ.

وَرَوَاهُ عقيلٌ، وَالزُّبيديُّ، وَابْنُ أَخِي الزُّهريِّ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، أنَّ شبلَ بْنَ خَالِدٍ، أو شبيلَ بْنَ خالدِ المزنيَّ، أَخْبَرَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَالِكٍ الأوسيَّ أَخْبَرَهُ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، سُئِلَ عَنِ الأمَة إذا زَنَتْ، وَذَكَرُوا الحَدِيثَ، إلا أَنَّ عقيلاً وحده، قَالَ: مَالِكُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الأَوْسيُّ، وَقالَ الزبيديُّ، وابْنُ أَخِي الزُّهريِّ: عَبْدُ اللَّهُ بن مَالِكٍ الأوسيُّ، وقالَ يُونس بْنُ يزيدَ، عَنِ الزُّهريِّ، عَن عُبَيْدِ اللَّهِ، عَنْ شبلِ بْنِ خَالِدِ المُزَنيِّ عَنْ عَبد اللَّهِ بْنِ مَالِكٍ، وَرواهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ، عَنْ أبي هُرَيْرَةَ، وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ، وَشِبل المزنيّ، أَنَّ النبيَّ ﷺ، سُئِلَ عَنِ الأمةِ، إذا زَنَتْ.

وَقَدْ تَقَصَّيْنَا الاخْتِلاف عن ابْنِ شِهابٍ، فِي هَذَا الحَدِيثِ، فِي «التَّمْهِيدِ»، وَذَكَرْنا أَقْوالَ أئمَّةِ أَهْلِ الحَدِيثِ فِي ذَلِكَ هُنَالِكَ.

وَزَعَمَ الطَّحَاوِيُّ، أَنَّهُ لَمْ يَقُلْ أحدٌ فِي هذا الحَدِيثِ: «ولم تُحصِنْ»، سوى مالكٌ وأنَّ سَائرَ الرُّواةِ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، إنَّما قَالُوا: إنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، إنَّما قَالَ عَنِ الأمَةِ: «إذا زَنَتْ ـ فَقَالَ: إِذَا زَنَتْ، فَاجْلِدُوها»، الحَدِيث.

وَلَيْسَ كَما زَعَمَ الطَّحَاوِيُّ، وَقَدْ قَالَهُ يَحْيى بْنُ سَعِيدٍ، فِي هَذَا الحَدِيث، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، وَقَالَتْهُ طَائِفَةٌ مِنْ رُواةِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنِ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنِ الزُّهريِّ فِي هَذا الحَدِيثِ.

وَإِذَا اتَّفَقَ مَالِكٌ، وَابْنُ عُيَيْنَةَ، وَيَحيى بْنُ سَعِيدٍ، فِي هَذَا الحَدِيثِ، عَلَى قَوْلِهِ: «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، سُئِلَ عَنِ الأمَةِ إذا زَنَتْ وَلَمْ تحصِنْ»، وَلَيْسَ مَنْ خَالَفَهُمْ عَلَيْهِم حُجَّةً.

---

(١) الضفير: الحبل، عبّر به مبالغة في التنفير عنها، والحض على مباعدة الزانية. لما فيه من الإطلاع على المنكر والمكروه، والعون على الخبث.

وَقَدْ رَوى هَذا الحَدِيثَ: سَعِيدُ بْنُ أَبِي سَعِيدِ المَقْبُرِيُّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، لَمْ يَذْكُرْ فِيهِ: وَلَمْ تحصنْ، وَرَواهُ عَنْ سَعِيدِ المَقْبُرِيّ، اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَأُسَامَةُ بْنُ سَعْدٍ، وَعُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، وَإِسْمَاعِيلُ بْنُ أُمَيَّةَ، وَقَدْ ذَكَرْنا الأَسَانيدَ عَنْهُمْ، وَعَنْ سَائِرِ رُوَاةِ ابْنِ شِهَابٍ، في «التَّمْهِيدِ».

وَرِوَايَةُ أَيُّوبَ بْنِ موسى: «فَليجْلِدْها الحد» وَلَا نَعْلَمُ أَحداً ذَكرَ فِيها الحَدَّ غَيْرَهُ، وَكُلُّهُمْ يَقُولُ: وَلَا يُعيِّرُهَا، وَلَا يُثرِبُ عَلَيها.

وَأَجْمعَ العُلَمَاءُ، عَلَى أَنَّ الأَمَةَ إِذَا تَزَوَّجَتْ، فَزَنَتْ، أَنَّ عَلَيْها نِصْفَ مَا عَلَى الحُرَّةِ البِكْرِ، مِنَ الجَلْدِ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥].

والإِحْصَانُ في الإِمَاءِ عَلَى وَجْهَيْنِ عِنْدَ العُلَمَاءِ؛ مِنْهُم مَنْ يَقُولُ: فَإِذا أُحْصِنَّ. أَيْ: تَزَوَّجْنَ. وَمِنْهُم مَنْ يَقُولُ: إِحْصَانُ الأَمَةِ: إِسْلامُها.

وَاخْتَلَفَ القُرَّاءُ في القِراءَةِ، فِي هَذِه الكَلِمَةِ.

فَمِنْهُمْ مَنْ قَرَأَ أُحصِنَّ بِضمِّ الهَمْزَةِ، وَكَسْرِ الصَّادِ، يُرِيدُونَ: تَزَوَّجْنَ، وَأُحْصِنَّ بالأَزْوَاجِ، يَعْني: أَحْصَنَهُنَّ غَيْرَهُنَّ؛ يَعْني: الأَزْوَاجَ بِالنِّكَاحِ.

وَقَدْ قِيلَ: أُحْصِنَّ بالإسلام، فَالزَّوجُ مُحصنُها، وَالإِسْلَامُ محْصنُها.

وَمَنْ قَرَأَ بِفَتْحِ الهَمْزَةِ وَالصَّادِ، أَرَادَ تَزَوَّجْنَ أو أَسْلَمْنَ، عَلَى مَذْهَبِ مَنْ قَالَ ذَلِكَ.

وَالمَعْنَيَانِ في القِرَاءتَيْنِ مُتقاربَانِ، مُتَدَاخِلانِ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا في «التَّمْهِيدِ»، كُلَّ مَنْ قَرَأَ بِالقِراءَتَيْنِ مِنَ الصَّحابَةِ، وَالتَّابِعِين، وَسَائِرِ القرّاءِ، في أَمْصَارِ المُسْلِمِينَ.

وَكَانَ ابْنُ عَبَّاسٍ يَقُولُ: إِذا أحصنَّ بِالأَزْواجِ، وَكانَ يَقُولُ: لَيْسَ عَلَى الأَمَةِ حَدٌّ، حَتَّى تَتَزَوَّجَ.

وروى عطيَّةُ بْنُ قَيْسٍ، عَنْ أُمِّ الدَّرْدَاءِ، عَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ، مِثْلَهُ.

[وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ] مَا يُشْبِهُهُ.

وَرَوَى عَمْرُو بْنُ دِينَارٍ، وَعَطاءٌ، عَنِ الحَارِثِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي رَبِيعَةَ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّهُ سَأَلَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، عَنِ الأَمَةِ: كَمْ حَدُّها؟

قَالَ: أَلَقَتْ بِفَرْوَتِها مِنْ وَرَاءِ الدَّارِ.

قَالَ أَبُو عُبيدٍ: لَمْ يذكر بِقَوْلِهِ هَذا الفَرْوَةَ بِعَيْنِها؛ لأَنَّ الفَرْوَةَ جِلْدَةُ الرَّأْسِ.

كَذَا قَالَ الأَصْمَعِيُّ، وَكَيْفَ تُلْقي جلدةَ رأسِهَا مِنْ وَرَاءِ الدَّارِ؟ وَلَكِنْ إِنَّما أَرَادَ بِالفرْوةِ: القِناعَ، يقولُ: ليس عليها قِنَاع. وَلا حِجابٌ؛ لأنَّها تخْرجُ إِلَى كُلِّ مَوْضع يُرْسِلُها [أهْلُها إِلَيْهِ]، لا تقدر على الامتناع من ذلك، وَكَذَلِكَ لا تَكَادُ تَمْتَنعُ مِنَ الفُجُورِ، فَكَأَنَّهُ رَأى أنْ لا حَدَّ عَلَيْها إذا فجرَتْ بهذا المَعْنى.

قَالَ: وَقَدْ رُوِيَ تَصْدِيقُ ذَلِكَ فِي حَدِيثٍ مُفسرٍ، حدَّثناهُ زيدُ، عَنْ جرير بْنِ حَازم، عَنْ عِيسى بْنِ عاصم، قَالَ: تَذَاكَرْنَا يَوْماً، قَوْلَ عُمَرَ هَذا؛ فَقالَ سَعْدُ بْنُ حرْمَلَةَ: إنَّما ذَلِكَ مِنْ قَوْلِ عُمَرَ في الرَّعَايا، فَأَمَّا اللَّواتِي قَدْ أحْصنَهنَّ مَوَالِيهن، فإِنَّهُنَّ إِذا أحْدَثْنَ، حُدِدْنَ.

قَالَ أبُو عُبيدٍ: هَكذَا جَاءَ فِي هَذا الحَدِيثِ: الرَّعَايا، وَأَمَّا العربيةُ؛ فرواعي.

قال أبو عمر: ظَاهِرُ حَدِيثِ عُمَرَ هَذَا، أنْ لا حَدَّ عَلَى الأمَةِ، إلا أنْ تحصِنَ بِالتَّزْوِيجِ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ مَعْنَاهُ أنْ لا حَدَّ عَلَى الأمَة ـ، كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ، أو لَمْ تَكُنْ؛ لأنَّهُ لا حِجَابَ عَلَيْهما، ولا قناعَ، وَإِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: أنْ لا حَدَّ عَلى عَبْدٍ، ولا ذِمِّيٍّ، إلا أنَّهُ قَوْلٌ مُجْمَلٌ، يحْتملُ التَّأْوِيلَ.

وَرُوِيَ عَنْهُ أيْضاً، أنْ لَيْسَ عَلَى الأمَةِ حَدٌّ، حتَّى تحصِنَ، رَواهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنِ ابْنِ أَبِي نجيح، عَنْ مُجَاهِدٍ عَنْهُ.

وَهُوَ قَوْلُ طَاوسٍ، وَعَطاءٍ.

وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ جُريج، عَنِ ابْنِ طَاوسٍ، عَنْ أبيه، أنَّهُ كَانَ لا يَرى عَلَى العَبْدِ، ولا على الأَمَةِ حَداً، إلا أنْ ينكحَ الأمَةَ حُرٌّ، فَينكحُها، فَيجِبُ عَلَيْها شَطْرُ الجَلْدِ.

قَالَ ابْنُ جُريج: قُلْتُ لِعطاءٍ: عَبْدٌ زَنى، وَلَمْ يحصِنْ؟ قَالَ: يُجلدَ غير حَدّ.

قال أبو عمر: كُلُّ مَنْ لا يَرى عَلَى الأمَةِ حَدا، حَتَّى تنكحَ، يَرى أنْ تُؤدّبَ، وَتُجلَدَ دُونَ الحَدِّ إنْ زَنَتْ، وَرَووا حَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ، عَلَى هَذا المَعْنَى.

وَمِمَّنْ قَالَ: لا حَدَّ عَلَى الأمَةِ، حَتَّى تحصِنَ بِزَوْج، مَا تَقَدَّمَ عَنْ عُمَرَ، وَأبي الدَّرْدَاءِ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَطَاوسٍ، وأبِي عُبَيْدِ القَاسِمِ بْنِ سَلامٍ.

وَأَمَّا الَّذِينَ قَالُوا: إِحْصَانُها إسْلامُها فَيرَوْنَ عَلَيْها الحَدَّ، إذا زَنَتْ؛ كَانَتْ قَدْ تَزَوَّجَتْ قَبْلَ ذَلك، أمْ لا.

رُوِيَ ذَلِكَ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَغَيْرِهِ.

وَرَوى أهْلُ المَدِينَةِ، عَنْ عُمَرَ، هَذا المَعْنَى.

١٥٣٥ ـ وَمن ذَلِكَ حَدِيثُ مَالِكٍ في هَذا الباب عَنْ يَحْيى بْنِ سَعِيدٍ؛ أنَّ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ أخْبَرَهُ؛ أنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَيَّاشِ بْنِ أبِي رَبِيعَةَ الْمَخْزُومِيَّ قَالَ: أمَرَنِي عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، في فِتْيَةٍ مِنْ قُرَيْشٍ، فَجلَدْنَا وَلائِدَ[1] مِنْ وَلائِدِ الإمَارَةِ. خَمْسِينَ خَمسِينَ، فِي الزِّنَا.

وَرَوَاهُ ابْنُ جُرِيجٍ، وَابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ يَحيى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ؛ مِثْلَهُ بِمَعْنَاهُ.

وَرَوى مَعمرٌ، عَنِ الزهْرِيِّ، أنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ، جَلَدَ، وَلَا يَرى مِنَ الخَمسين إنْكاراً، في الزِّنى.

وَهَذا كُلّهُ وَاضِحٌ، في أنَّ الأمَةَ إذَا زَنَتْ، حُدَّتْ وَإنْ لَمْ تَكُنْ مُحصنة بِزَوْجٍ [حُرٍّ، أمْ] عَبْدٍ.

١٥٣٦ ـ وذكر مالك في هذا الباب عَنْ نَافع؛ أنَّ عَبْداً كانَ يَقُومُ عَلى رَقِيقِ الْخُمُسِ، وَأنَّهُ اسْتَكْرَهَ جَارِيَةً مِنْ ذلِكَ الرَّقِيقِ، فَوَقَعَ بِهَا، فَجلَدَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَنَفَاهُ، وَلَمْ يَجْلِدِ الْوَلِيدَةَ؛ لأنَّهُ اسْتَكْرَهَهَا.

وَفي هَذَا الحَدِيثِ جَلْدُ العَبِيدِ، إذَا زَنَوا، ونَفْيهم، وَذَلِكَ كُلُّهُ عَنْ عُمَر، خِلاف مَا رَوى عَنْهُ أهْلُ العِرَاقِ، في الأمَةِ إذَا زَنَتْ، ألْقَتْ فَرْوَتَها وَرَاءَ الدَّارِ. أيْ: لَا حَدَّ عَلَيْها.

وَرُوِي عَنْ أنَسٍ، أنَّهُ كَانَ يجْلدُ إمَاءَهُ، إذَا زَنَيْنَ تَزَوَّجْنَ، أو لَمْ يَتَزَوَّجْنَ.

وَرُوِي ذَلِكَ، عَنْ عَلِيٍّ؛ وَابْنِ مَسْعُود.

وَبِهِ قَالَ إبْرَاهِيمُ النَّخعِيُّ، وَالحَسنُ البَصْرِيُّ.

وَإلَيْهِ ذَهَبَ مَالِكٌ، وَالأوْزَاعِيُّ، واللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَعُثمانُ البتيُّ، وَأبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافعيُّ، وَعُبيدُ الله بْنُ الحَسَنِ، وَأحْمدُ، وَإسْحاقُ.

وَرَوَى مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ سَالِم، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، في الأمَةِ إذَا زَنَتْ، قَالَ: إنْ كَانَتْ لَيَسَتْ ذَاتَ زَوْجٍ، جَلَدَها سَيِّدُها نِصْفَ مَا عَلَى المُحْصَنَاتِ مِنَ العَذَابِ، وَإنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ، يضعُ أمْرَها إلى السُّلْطانِ.

١٥٣٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٦، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٧/ ٣٩٨.

(١) ولائد: جمع وليدة، أي الأمة.

١٥٣٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٥، من الكتاب والباب السابقين.

قال أبو عمر: أمَّا ظَاهِرُ القُرآنِ، فَهُوَ شَاهِدٌ بِأنَّ الأمَةَ لا حَدَّ عَلَيْها، حتَّى تحصِنَ بزَوْج؛ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء: ٢٥].

[فَوَصَفَهُنَّ عزَّ وجلَّ بالإيمانِ]. ثُمَّ قَالَ عَزَّ وجلَّ: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، وَالإِحْصَانُ: التَّزْوِيجُ هَا هُنا؛ لأنَّ ذِكْرَ الإيمانِ قَدْ تَقَدَّمَ.

ثُمَّ جَاءَتِ السُّنَّةُ، في الأمَةِ إِذَا زَنَتْ، وَلَمْ تحصِنْ، جُلِدَتْ دُونَ الحَدِّ، وَقِيلَ: بَلْ بالحَدِّ وَتكُون زِيادَةَ بَيَانٍ، كَنِكاحِ المَرْأةِ عَلَى عَمَّتِها، وَعَلَى خَالَتِها، وَنَحو ذَلِكَ مِمَّا قَدْ أوْضحْناهُ فِي مَوَاضعَ مِنْ كِتَابِنا. وَالحمدُ للَّهِ كَثِيراً.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلَماءُ، في إقَامَةِ السَّادَةِ الحُدُودَ عَلَى عَبِيدِهِمْ.

فَقَالَ مَالِكٌ: يحدُّ المَوْلَى عَبْدَهُ، وَأَمَتَهُ، في الزِّنَى، وَشُرْبِ الخَمْرِ، وَالقَذْفِ؛ إِذَا شَهِدَ عَلَيهِ الشُّهُودُ، وَلا يحدُّهُ إِلَّا بِالشُّهُودِ، وَلَا يقْطعُهُ في السَّرِقَةِ، وَإِنَّما يَقْطَعُهُ الإِمَامُ.

وَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ.

وَاخْتَلَفَ أصْحَابُ مَالِكٍ، فِي ذَلِكَ، عَلَى مَا ذَكَرْنا عَنْهُم، في كِتَابِ اخْتِلافِهِمْ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يُقِيمُ الحُدُودَ عَلَى العَبِيدِ، وَالإِمَاءِ؛ السُّلْطَانُ دُونَ المَوْلَى، في الزِّنى، وَفي سَائِرِ الحُدُودِ.

وَهُوَ قَوْلُ الحَسَنِ بْنِ حيٍّ.

وَقالَ الثَّوْريّ، في رِوايَةَ الأشْجعيِّ عَنْهُ: يحدُّهُ المَوْلَى في الزِّنَى، وَفي سَائِرِ الحُدُود.

وَهُوَ قَوْلُ الأَوْزَاعِيِّ.

وَقالَ الشَّافِعِيُّ: يحدُّهُ المَوْلَى، في كُلِّ حَدٍّ.

وَهُوَ قَوْلُ أحْمَدَ، وَإِسْحاقَ، وأبِي ثَوْرٍ.

وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ، بِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا زَنَتْ أَمَةُ أَحدِكُمْ، فَلْيَجْلِدْهَا»(١).

وَقَولهُ ﷺ: «أَقِيمُوا الحُدُودَ عَلَى مَا مَلَكَتْ أيْمَانُكُمْ»(٢).

وَرُوِي عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ، أَنَّهُمْ أقامُوا الحُدُودَ، عَلَى مَا مَلَكَتْ أيْمَانُهُمْ؛ مِنْهُم ابْنُ عُمَرَ، وَابْنُ مَسْعُودٍ، وَأنَسٌ، وَلا مخالِفَ لَهُمْ مِنَ الصَّحَابَةِ.

---

(١) أخرجه البخاري في الحدود باب ٣٥، ومسلم في الحدود حديث ٣٢، وأبو داود في الحدود باب ٣٢.

(٢) أخرجه أبو داود في الحدود، باب ٣٣، حديث ٤٤٧٣.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي لَيْلَى، أَنَّهُ قَالَ: أَدْرَكْتُ بَقَايَا الأَنْصَارِ، يَضْرِبُونَ الوَلِيدَةَ، مِنْ وَلَائِدِهِمْ، إِذَا زَنَتْ فِي مَجَالِسِهِمْ.

وَرَوى الثَّوْرِيُّ، عَنْ عَبْدِ الأَعْلَى، عَنْ أَبِي جميلة عن عَلِيٍّ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، قَالَ: «أَقِيمُوا الحُدودَ عَلَى مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ».

وَحُجَّةُ أَبِي حَنِيفَةَ، مَا روِيَ عَنِ الحَسَنِ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحيريز، وَمُسْلم بْنِ يَسارٍ، وَعُمرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، وَغَيْرِهِم، أَنَّهُمْ قَالُوا: الجُمعَةُ، وَالزَّكَاةُ، وَالحُدُودُ، والفَيْءُ، وَالحُكْمُ، إِلَى السُّلْطَانِ...

وَأَمَّا قَوْلُهُ ﷺ، فِي حَدِيثِ.

هَذا البَابِ: «ثُمَّ بيعوها وَلَو بضفيرٍ». فَهذا عَلَى وَجْهِ الاخْتِيارِ، وَالحَضِّ عَلَى مُسَاعَدَةِ الزَّانِيَةِ؛ لِما فِي ذَلِكَ مِنَ الاطِّلاعِ، وَبِما عَلَى المُنكرِ، وَأَنَّهُ كالرِّضَا بِهِ.

وَقَدْ قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ، فِي حَدِيثِها: يَا رَسُولَ اللَّهِ! أنهلك، وَفِينا الصَّالِحُونَ!؟ قَالَ: «نَعَمْ إِذَا كَثُرَ الخَبثُ»[1].

وَالخَبثُ فِي هذَا الحَدِيثِ، عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ، أَوْلادُ الزِّنَى، وَإِنْ كَانَتِ اللَّفْظةُ مُحْتَملَةٌ لِذَلِكَ، وَلِغَيْرِهِ.

وَقَد احْتَجَّ بِهَذَا الحديث، مَنْ لَمْ يَرَ نفي العبيد؛ لأنهُ ذَكَرَ فِيهِ الجلدَ، وَلَمْ يذكرْ نَفياً.

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ بِوُجُوبِ بَيْعِها إِذَا زَنَتْ بَعْدَ جَلْدِها الرَّابِعَةَ، مِنْهُم دَاوُدُ، وَغَيْرُهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

٤ ـ باب ما جاء في المغتصبة

١٥٣٧ ـ قَالَ مَالِكٌ: الأمرُ عِنْدَنَا فِي الْمَرْأَةِ تُوجَدُ حَامِلاً وَلا زَوْجَ لَهَا، فَتَقُولُ: قَدِ اسْتُكْرِهْتُ. أَوْ تَقُول: تَزَوَّجْتُ. إِنَّ ذلِكَ لاَ يُقْبَلُ مِنْها، وَإِنَّها يُقَامُ عَلَيْهَا الْحَدُّ، إلا أَنْ يَكُونَ لَهَا عَلَى مَا ادَّعَتْ. مِنَ النِّكَاحِ بَيِّنَةٌ، أَوْ عَلَى أَنَّهَا اسْتُكْرِهَتْ، أَوْ جَاءَتْ تَدْمَى[2]، إِنْ كَانَتْ بِكْراً، أو اسْتَغَاثَتْ حَتَّى أُتِيَتْ[3] وَهِيَ عَلَى ذلِكَ الْحَالِ، أَوْ مَا

---

(١) أخرجه البخاري في الفتن باب ٤، ٢٨، ومسلم في الفتن حديث ١، ٢، والترمذي في الفتن باب ٢١، ٢٣، وابن ماجه في الفتن باب ٩، ومالك في الكلام حديث ٢٢، وأحمد في المسند ٦/٤٢٨، ٤٢٩.

١٥٣٧ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ٤ (ما جاء في المغتصبة) من كتاب الحدود.

(٢) تدمى: أي يخرج منها الدم. (٣) حتى أُتيتْ: أي أتاها من يغيثها.

أَشْبَهَ هذَا، مِنَ الأمْرِ الَّذِي تَبْلُغُ فِيهِ فَضِيحَةَ نَفْسِهَا، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَأْتِ بِشَيْءٍ مِنْ هَذا، أُقِيمَ عَلَيْهَا الْحَدُّ، وَلَمْ يُقْبَلْ مِنْهَا مَا ادَّعَتْ مِنْ ذلِكَ.

قال أبو عمر: قَدْ مَضَى القَوْلُ فِي هَذا البَابِ، فِي بَابِ الرَّجْمِ، عِنْدَ [قَوْلِ] عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ: الرَّجْمُ فِي كِتَابِ اللَّهِ حَقٌّ، عَلَى مَنْ زَنَتْ مِنَ الرِّجالِ، وَالنِّساءِ، إِذَا أحصِنَّ، [إِذَا قَامَتِ البَيِّنَةُ] أو كَانَ الحَبَلُ وَالاعْتِراف. فجعلَ وُجُودَ الحَبَلِ كَالبَيِّنَةِ أو الاعْتِرَافِ، فَلا وَجْه لإِعَادَةِ مَا قَدْ مَضَى، إلا أنْ نَذْكُرَ طَرَفاً هُنَا، وَنَقُولُ: إِنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ خِلافُ مَا رَوَاهُ مَالِكٌ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَ إِسْنَادُ حَدِيثِ مَالِكٍ أَعْلَى، وَلكنَّهُ مَحتملٌ لِلتَّأوِيلِ.

وَرَوى عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ الثَّوْرِيِّ، عَنْ قَيْسِ بْنِ مُسْلِم، عَنْ طَارِقِ بْنِ شِهَابٍ، قَالَ: قَدْ بَلَغَ عُمَرَ، أَنَّ أمْرَأَةً مُتَعَبِّدَةً حَمَلَتْ، فَقالَ عُمَرُ: أتراهَا قَامَتْ مِنَ اللَّيْلِ تُصَلِّي، فَخَشَعَتْ، فَسَجَدَتْ، فَأَتَاه غَاوٍ مِنَ الغُوَاةِ، فَتَجَشَّمَها، فَحَدَّثَتهُ بِذَلِكَ سواءً فَخلَّى سَبِيلَها.

وَعَنِ ابْنِ عيَيْنَة، عَنْ عَاصِمِ بْنِ كلَيبِ الجرميِّ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ أَبا مُوسَى كَتَبَ إِلَى عُمَرَ، فِي امْرَأَةٍ، أَتَاهَا رَجُلٌ وَهِيَ نَائِمَةٌ، فَقَالَتْ: إِن رَجُلاً أَتَانِي، وَأنا نَائِمَةٌ، فَوَاللَّهِ مَا عَلِمْتُ حَتَّى قَذَفَ فِيَّ مِثْلَ شِهَابِ النَّارِ.

فَكَتَبَ عُمَرُ تُهَامِيَّةٌ تنوَّمَتْ، قَدْ كَانَ يَكُونُ مِثْلَ هَذا، وَأَمَرَ أَنْ يُدْرَأَ عَنْها الحَدُّ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَيْضاً، أَنَّهُ أُتِيَ بِامْرَأَةٍ حُبْلَى بالموسم وَهِيَ تَبْكِي، فَقالُوا: زَنَتْ. فَقالَ عُمَرُ: مَا يبْكِيكِ، فَإِنَّ المَرْأَةَ رُبَّما اسْتُكْرِهَتْ عَلَى نَفْسِها. يُلَقِّنُها ذَلِكَ، فَأَخْبَرَتْ أَنَّ رَجُلاً رَكِبَها نَائِمَةً، فَقالَ: لَو قَتَلْتُ هَذِهِ؛ لَخشيتُ أَنْ يَدْخُلَ مَا بَيْنَ هَذَيْنِ الأَخْشَبَيْنِ النَّارَ، وَخَلَّى سَبِيلَها.

وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ قَالَ لشراحة، حِينَ أَقرَّتْ بِالزِّنى: لَعَلَّكِ غُصِبْتِ عَلَى نَفْسِكِ. فَقَالَتْ: بَلْ أتيتُ طَائِعَةً، غَيْرَ مُكْرَهَةٍ.

وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي الرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ، يُوجَدَانِ فِي بَيْتٍ، فَيقرَّانِ بِالوَطْءِ، وَيَدَّعِيَانِ الزَّوْجِيَّةَ؟

فَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ لَمْ يُقِيما البيِّنةَ، بِما ادَّعَيَا مِنَ الزَّوْجِيَّةِ، بَعْدَ إِقْرارِهِما بِالوَطْءِ، أو بَعْدَ أنْ شَهِدَا عَلَيْهِما بِهِ، أُقِيمَ عَلَيْهِما الحَدُّ.

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ: إِلا أَنْ يَكُونَا طَارِئَيْنِ.

وَقالَ عُثْمانُ البتيُّ: إِنْ كَانَ يرى قَبلَ ذَلِكَ يدْخلُ إِليها، وَيُذكرُها، أو كَانَا

طَارئَيْنِ، لَا يعْرفانِ قبلَ ذَلِكَ، فَلا حَدَّ عَلَيْهِما، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَأْتِيا شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ، فَهُما زَانِيانِ مَا اجْتَمَعَا، وَعَلَيْهِما الحَدُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ: إِذَا وُجِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ، وَأَقَرَّا بالوطءِ، وَادَّعَيَا أَنَّهما زَوْجَانِ، لَمْ يُحدَّا، وَيُخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَها.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ.

قَالَ أَبو عمر: لاَ خِلاَفَ [عليهِ عَلِمْتُهُ] بَيْنَ عُلَماءِ السَّلَفِ وَالخَلَفِ، أَنَّ المُكْرَهَةَ عَلَى الزِّنى، لاَ حَدَّ عَلَيْهَا، إذا صَحَّ إِكْرَاهُها، وَاغْتِصابُهَا نفسها.

وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «تَجاوَزَ اللَّهُ عَنْ أُمَّتِي، الخَطَأَ، والنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيهِ»[1].

وَالأَصْلُ المُجْتمعُ عَلَيهِ، أَنَّ الدِّمَاء المَمْنُوعَ مِنْهَا بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، لَا يَنْبَغِي أَنْ يُراقَ شَيْئاً مِنها، وَلَا يُسْتَباحُ إلا بِيَقِينٍ.

وَاليَقِينُ: الشَّهادَةُ القَاطِعَةُ، أو الإِقْرَارُ الَّذِي يقيمُ عَلَيهِ صَاحِبهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ، فَلأَنْ يُخْطِىءَ الإِمَامُ فِي العَفْوِ، خَيْرٌ لَهُ مِن أنْ يُخْطِىءَ فِي العُقُوبَةِ، فَإِذَا صَحَّتِ التُّهْمَةُ، فَلَا حَرجَ عَلَيهِ فِي تَعْزيزِ المُتَّهَمِ، وَتَأْدِيبِهِ بِالسِّجْنِ، وَغَيْرِهِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

وَقَدَ مَضَى القَوْلُ فِي صَدَاقِ المُغْتَصَبَةِ، لا تنكحُ حَتَّى تَسْتَبْرِىءَ نَفْسَها بِثَلَاثِ حيضٍ، فَإِن ارْتَابَتْ مِنْ حَيْضَتِها، فَلَا تنكحُ حَتَّى تَسْتَبْرِىءَ نَفْسَها مِنْ تِلْكَ الرِّيبَةِ.

قَالَ أَبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ، فِي كِتَابِ النِّكَاحِ هَذَا المَعْنَى، وَما فِيهِ لِلْعُلَماءِ وَنُعِيدُهُ مُخْتَصَراً هُنا، لِإِعَادَةِ مَالِكٍ لَهُ فِي هَذَا البَابِ.

وقَالَ مَالِكٌ: إِذَا زَنَى الرَّجُلُ بِالمَرْأَةِ، ثُمَّ أَرادَ نِكَاحَها، فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ، بَعْدَ أنْ يَسْتَبْرِئَها عَنْ مَائِهِ الفَاسِدِ.

قَالَ: وَإِنْ عَقَدَ النِّكَاحَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرِئَها، فَهُوَ كَالنَّاكِحِ فِي العِدَّةِ، وَلَا يحلُّ لَهُ أَبَداً، إِنْ كَانَ وَطْؤُهُ فِي ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذا تَزَوَّجَ امْرأَةً حُرَّةً، فَدَخَلَ بِها، فَجاءَتْ بِوَلَدٍ بَعْدَ شَهْرٍ، أَنَّهُ لا ينكحُها أَبداً لأَنَّهُ وَطَأَهَا فِي عِدَّةٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ نِكاحُ الزَّانِيَةِ، وَإِنْ كَانَتْ حُبْلَى مِنْ زِنى، وَلا يَطؤها حَتَّى يَسْتَبْرِئَها، وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ لَا يعْقدَ عَلَيها حتَّى تَضَعَ.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الطلاق باب ١٦.

وَقَالَ زُفَرُ: إِذَا زَنَتِ المَرْأَةُ، فَعَلَيْه العِدَّةُ، وَإِنْ تَزَوَّجَتْ قَبْلَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ، لَمْ يَجُزِ النِّكَاحُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، فِي رَجُلٍ رأى امْرَأَةً تَزْنِي، ثُمَّ تَزَوَّجَها، فَلَهُ أَنْ يَطَأَهَا قَبْلَ أَنْ يَستَبْرِئَها، كَما لَو رأى امْرَأَتَهُ تَزْنِي، لَمْ يَحْرُمْ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا عِنْدَهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ: لا أُحِبُّ لَهُ أَنْ يَطَأَها حَتَّى يَسْتَبْرِئَها، وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَبها حَمْلٌ مِنْ زِنى، جَازَ النِّكَاحُ، [وَلَا يَطَؤُها حَتَّى تَضَعَ] وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الزَّانِي وَغَيْرِه.

وَقَالَ عُثْمانُ البتيُّ: لا بَأْسَ بِتَزْوِيجِ الزَّانِيَةِ الزَّانِي وَغَيْرِهُ، وَأَحْبُ إِلَيَّ أَنْ لَا يقربها وَفِيها مَاءٌ خَبِيثٌ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ، إِذَا كَانَ الحَمْلُ مِنْ زِنى.

وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ [وزَادَ الثَّوْرِيُّ: وَكَانَ الحَمْلُ مِنْهُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ] كقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ الأَوْزَاعِيُّ: لا يَتَزَوَّجُ الزَّانِي الزَّانِيَةَ، إِلا بَعْدَ حَيْضَةٍ، وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ تَحِيضَ ثَلاثاً.

قال أبو عمر: أَمَّا حُجَّةُ مَالِكٍ؛ فَإِنَّهُ قَاسَ اسْتِبْرَاءَ الرَّحِمِ مِنَ الزِّنَى بِثَلاثِ حِيَضٍ فِي الحُرَّةِ، عَلَى حُكْمِ النِّكَاحِ الفَاسِدِ المفسُوخِ؛ لأَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ الفَاسِدِ عِنْدَ الجَمِيعِ، كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ فِي العِدَّةِ، فَكَذَلِكَ الزِّنى؛ لأَنَّهُ لاَ يَسْتَبْرِىءُ رَحِمَ غَيْرِهِ فِي حُرَّةٍ بِأَقَلَّ مِنْ ثَلاثِ حِيَضٍ، قِيَاساً عَلَى العِدَّةِ.

وَحُجَّةُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ، أَنَّ العِدَّةَ فِي الأُصُولِ، لا تَجِبُ إِلا بِأَسبَابٍ تَقدمتها؛ بِنِكَاحٍ، ثُم طَلاقٍ، أو مَوْتٍ، فَلَمْ يَكُنْ قَبْلَ الزِّنَى بِسَبَب تَجِبُ العِدَّةُ بِزَوَالِهِ، وَكَذَلِكَ لَمْ يَجِبْ عِنْدَهُم فِيهِ عِدَّةٌ، وَالقِيَاسُ عِنْدَهُمْ فِي الحَمْلِ مِثْلُهُ فِي اسْتِبْرَاءِ الرَّحِمِ.

وَقَدِ احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِالحَدِيثِ عَنْ عُمَرَ، أَنَّهُ حَدَّ «غُلاماً» وَجَارِيَةً فجرا، ثُمَّ حرجَ عَلَى أَنْ يجمعَ بَيْنَهُما، فَأَبَى الغُلامُ. قَالَ: فَلَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ أَنَّ عَلَيْهَا عِدَّةَ مَنْ زنى، وَلا مُخَالِفَ لَهُ مِنَ الصَّحَابَةِ.

قَالَ: وَلا وَجهَ لِمَنْ جَعَلَ مَاءَ الزَّانِي كَمَاءِ المُطَلِّقِ، فَقَاسَهُ عَلَيْهِ، وَأَبَاحَ لِلزَّانِي نِكَاحاً دُونَ عِدَّة، لأَنَّ العِدَّةَ فِيها حَقٌّ لِلزَّوْجِ، وَعبادةٌ عَلَيهِ، لقَوْلِهِ عزَّ وجلَّ: ﴿وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١]. وَلِقَوْلِهِ: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ﴾ [الأحزاب: ٤٩].

وَالعِدَّةُ مِنَ الزِّنى، لَو وَجَبَتْ، لَمْ يَكُنْ لِلزَّانِي فِيها حَقٌّ، وَهُوَ مِنْ سَائِرِ النَّاسِ؛

لأنَّهُ لَا فِراشَ لَهُ، وَلا وَلَدَ يلْحقُ بِهِ، فَلَمَّا لَمْ يُمْنَع الزَّاني مِنْ نِكَاحِها، لَمْ يُمْنَعْ غَيْرُهُ.

٥ ـ باب الحد في القذف والنفي والتعريض

١٥٣٨ ـ مَالِكٌ، عَنْ أبِي الزِّنَادِ؛ أنَّهُ قَالَ: جَلَدَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيز عَبْداً، فِي فِرْيَةٍ[1]، ثَمانينَ.

قَالَ أبُو الزِّنَادِ: فَسَأَلْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَامِرِ بْنَ رَبيعَةَ عَنْ ذلِكَ؟ فَقَالَ؟ أدْرَكْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، وَعُثْمانَ بْنَ عَفَّانَ، وَالْخُلَفَاءَ هَلُمَّ جرّا. فَمَا رَأيْتُ أحداً جَلَدَ عَبْداً، فِي فِرْيَةٍ، أكْثَرَ مِن أرْبَعِينَ.

قال أبو عمر: روى سُفْيانُ الثوْرِيُّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ ذكوانَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ، قالَ: كَانَ أبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، وَعُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ، وَعُثْمانُ بْنُ عَفَّانَ، لاَ يَجْلِدُونَ العَبْدَ فِي القَذْفِ إلا أرْبَعِينَ، ثُمَّ رَأيْتُهُمْ يزِيدُونَ عَلَى ذَلِكَ.

قال أبو عمر: قَولُهُ: ثُمَّ رَأيْتُهم.

يَعْنِي الأُمَرَاءَ بِالمَدِينَةِ، لَيْسَ الخُلَفاءُ الثَّلاثَةُ الَّذِينَ ذَكَرَهُمْ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أبِي طَالِبٍ، رَضي اللَّهُ عَنْهُ، أنَّهُ كَانَ يَجْلدُ العَبْدَ، في الفِرْيَةِ أرْبَعِينَ، مِنْ كِتَابِ ابْنِ أبِي شَيْبَةَ، وَعَبْدِ الرَّزَّاقِ، وَغَيْرِهما.

وَاخْتَلَفَ أهْلُ العِلْمِ، فِي العَبْدِ يَقْذِفُ الحُرَّ، كَمْ يُضْرَبُ؟.

فَقال أكْثَرُ العلماء: حَدُّ العَبْدِ فِي القَذْفِ أرْبَعُونَ جَلْدَةً، سَوَاءٌ قَذَفَ حُرّاً أو عَبْداً؛ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ أبي بَكْرٍ، وَعُمَرَ، وَعُثْمانَ، وَعَلِيٍّ، وَابْنِ عَبَّاسٍ.

وَرَوى الثَّوْرِيُّ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحمدٍ، عَنْ أبِيهِ أنَّ عَلِيّاً قَالَ: يُجْلَدُ العَبْدُ فِي الفِرْيَةِ أرْبَعِينَ.

وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ، وَالحَسَنُ البَصْرِيُّ، وَعَطاءُ بْنُ أبي رَبَاحٍ، وَمُجَاهِدٌ، وَالشَّعْبِيُّ، وَالنَّخعيُّ، وَطَاوسٌ، وَالحَكَمُ، وَحَمَّادٌ، وَقَتَادَةُ، وَالقَاسِمُ بْنُ مُحمدٍ، وَسَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ.

وَإلَيْهِ ذَهَبَ مَالِكٌ، وَاللَّيْثُ، وَأبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأصْحابُهُمْ، وَأحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، وَإسْحاقُ.

١٥٣٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٧، من كتاب الحدود، باب ٥ (الحد في القذف والنفي والتعريض)، وقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٩/٤٣٨.

(١) فرية: أي قذف.

وَحُجَّتُهم القِيَاسُ لِلْعَبِيدِ عَلَى الإمَاءِ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ، فِي الإمَاءِ: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥].

وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ، أَنَّهُ قَالَ، فِي عَبْدٍ، قَذَفَ حُرّاً: يُجْلَدُ ثَمَانِينَ.

وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ، وَأَبُو بَكْرِ بْنُ مُحمدٍ، عَمْرُو بْنُ حَزْمٍ، وَقبيصَةُ بْنُ ذُؤَيْبٍ، وَابْنُ شِهابِ الزُّهْرِيُّ، وَالقَاسِمُ بْنُ مُحمدٍ.

وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الأَوْزَاعِيُّ، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَدَاوُدُ.

حدَّثني خَلفُ بْنُ قاسم، قالَ: حدَّثني مُحمدُ بْن القَاسم بْنِ شَعْبَانَ، قَالَ: حَدَّثني أحْمَدُ بْنُ شُعَيْبٍ، قَالَ: أخْبَرنا أحْمدُ بْنُ مسعدَةَ، قالَ: أخْبَرنا سليمُ بْنُ أخضرَ، عَنِ ابْنِ عَوْنٍ، وَعوفٍ، أنَّ عُمرَ بْنَ عَبْدِ العَزِيزِ، كَتَبَ فِي المَمْلُوكِ يَقْذِفُ الحُرَّ؛ قَالَ: يُجْلَدُ ثَمانِينَ.

وَذكرَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثني أبُو أُسامَةَ، قَالَ: حدَّثني جَرِيرُ بْنُ حَازِمٍ، قالَ: قَرَأْتُ كتابَ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، إلَى عَدِيِّ بْنِ أرْطأةَ: أمَّا بَعْدُ؛ فَإِنَّكَ كَتَبْتَ إلَيَّ [تَسْأَلُ] عَنِ العَبْدِ يَقْذِفُ الحُرَّ، كَمْ يُجْلَدُ؟ وَذَكَرْتَ أنَّهُ بَلَغَكَ أنِّي كُنْتُ أجْلدُهُ، إذَا زَنَى بِالمَدِينَةِ أرْبعِينَ جَلْدَةً، ثُمَّ جَلَدْتُهُ فِي آخِرِ عَمَلِي ثَمانِينَ جَلْدَةً، فَإِنَّ جَلْدِي الأوَّلَ، كَانَ رَأْياً رَأيْتُهُ، وَإِنَّ جَلْدِي الآخرَ وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ تَعالى، فَاجْلِدْهُ ثَمانِينَ.

قال: حدَّثني ابْنُ مهديٍّ، عَنْ سُفْيانَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أبي بَكْرٍ، قَالَ: ضَرَبَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ، العَبْدَ فِي القَذْفِ ثمانينَ.

قال أبو عمر: ظَنَّ دَاوُدُ، وأَهْلُ الظَّاهِرِ، أَنَّ عُمرَ بْنَ عَبْدِ العَزِيزِ، وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ إِنَّما جَلَدَ العَبْدَ فِي القَذْفِ ثَمانِينَ؛ فراراً عَنْ قِيَاسِ العَبِيدِ عَلَى الإمَاءِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَل المَعْنَى الَّذِي ذَهَبُوا إِلَيْهِ [نَفْسُ] القِيَاسِ؛ لأنَّ اللَّهَ عزَّ وجلَّ أَمَرَ فِي كُلِّ مَنْ قَذَفَ مُحصنَةً، أنْ يُجْلَدَ ثَمانِينَ جَلْدَةً، إلا أنْ يَأْتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهداءَ.

وَالمُحْصَناتُ لا يَدْخُلُ فِيهِنَّ المحصنُونَ، إلا بِالقِيَاسِ، [وَقَدْ أَجْمَعَ علماء المُسْلِمُونَ] أَنَّ المُحْصنينَ [فِي ذَلِكَ كُلِّهم] حُكْمُهم فِي ذَلِكَ حُكْمُ المُحْصَناتِ قِيَاساً، وَأَنَّ مَنْ قَذَفَ حُرّاً، عَفِيفاً، مُسْلِماً، كَمَنْ قَذَفَ حُرَّةً، عَفِيفَةً، مُسْلِمَةً.

هذا مَا لا خِلافَ فِيه بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ عُلَماءِ هَذِهِ الأمَّةِ؛ فَمَنْ رَأَى الحَدَّ حَقّاً يَجِبُ لِلْمَقْذُوفِ، سَواءٌ كَانَ قَاذِفُهُ حُرّاً أو عَبْداً، قَالَ: حَدُّ القَاذِفِ لِلْحُرِّ، المُسْلِم، البَالغ، ثَمانُونَ جَلْدَةً، حُرّاً كَانَ أو عَبْداً؛ لأنَّ اللَّهَ تَعالى لَمْ يَخُصَّ قَاذِفاً حُرّاً مِنْ قَاذِفِ عَبْدٍ،

إذَا كَانَ المَقْذُوفُ حُراً مُسْلِماً، فَلَيْسَ هَا هُنا نَفْيُ قِيَاسٍ لِمَنْ أَنْعَمَ النَّظَرَ، وَسَلِمَ مِنَ الغَفْلَةِ، وَ [مَنْ] قَالَ: الحَدُّ إنَّما يُراعَى فِيهِ القَاذِفُ؛ فَإِنْ كَانَ عَبْداً، حُدَّ حَدَّ العَبِيدِ، كَما يُضْربُ فِي الزِّنَى، نِصْفَ حَدِّ الحُرِّ، إنَّما يُراعَى فِيهِ القَاذِفُ، وَهَذا تَصْرِيحُ بِالقِيَاسِ، وَهُوَ قَوْلُ الخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ، وَجُمْهُورِ عُلَماءِ المُسْلِمِينَ. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

١٥٣٩ ـ مَالِكٌ عَنْ زُرَيْقِ بْنِ حَكِيمٍ الأَيْلِيِّ؛ أَنَّ رَجُلاً، يُقَالُ لَهُ مِصْبَاحٌ، اسْتَعانَ ابْناً لَه، فَكأَنَّهُ اسْتَبْطَأَهُ، فَلَمَّا جَاءَهُ قَالَ لَهُ: يَا زَانِ، قَالَ زُرَيْقٌ: فَاسْتَعْدَانِي عَلَيْهِ[1]، فَلَمَّا أَرَدْتُ أَنْ أَجْلِدَهُ، قَالَ ابْنُهُ: وَاللَّهِ لَئِنْ جَلَدْتَهُ لأَبُوأَنَّ[2] عَلَى نَفْسِي بِالزِّنَا، فَلَمَّا قَالَ ذلِكَ أَشْكَلَ عَلَيَّ أَمْرُهُ. فَكَتَبْتُ فِيهِ إلى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، وَهُوَ الْوَالِي يَوْمَئِذٍ، أَذْكُرُ لَهُ ذَلِكَ، فَكَتَبَ إلَيَّ عُمَرُ: أَنْ أَجِزْ[3] عَفْوَهُ.

قَالَ زُرَيْقٌ: وَكَتَبْتُ إلى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ أَيْضاً: أَرَأَيْتَ رَجُلاً افْتُرِيَ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى أَبَوَيْهِ وَقَدْ هَلَكَا أَوْ أَحَدُهُمَا. قَالَ: فَكَتَبَ إلَيَّ عُمَرُ: إنْ عَفَا فَأَجِزْ عَفْوَهُ فِي نَفْسِهِ، وَإن افْتُرِيَ عَلَى أَبَوَيْهِ وَقَدْ هَلَكَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَخُذْ لَهُ بِكِتَابِ اللَّهِ، إلا أَنْ يُرِيدَ سِتْراً.

قَالَ مَالِكٌ: وَذلِكَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ المُفْتَرَى عَلَيهِ يَخَافُ إنْ كُشِفَ ذَلِكَ مِنْهُ، أنْ تَقُومَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَإِذَا كانَ عَلَى مَا وَصَفْتُ فَعَفَا، جَازَ عَفْوُهُ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ [الفُقَهاءُ]، فِي حَدِّ القَذْفِ، هَلْ هُوَ لِلَّهِ عَزَّ وجلَّ كالزِّنى، لا يَجُوزُ عَفْوٌ، أو هُوَ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ، كالقَتْلِ، يَجُوزُ فِيهِ العَفْوُ.

وَاختَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ أَيْضاً؛ فَمَرَّةً قَالَ: العَفْوُ عَنْ حَدِّ القَذْفِ جَائِزٌ، بَلَغَ الإِمَامَ أو لَمْ يَبلُغْ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبي يُوسُفَ.

[وَمَرَّةً قَالَ: لا يَجُوزُ فِيهِ العَفْوُ إذا بَلَغَ الإمَامَ].

وَمرَّةً قالَ: لا يَجوزُ فِيهِ العَفْوُ، إلا أَنْ يُرِيدَ صَاحِبُهُ سِتْراً عَلَى نَفْسِهِ.

وَهَذا نَحْوُ القَوْلِ الأوَّلِ، الَّذي أجَازَ فِيهِ العَفْوَ عن القَاذِفِ.

وَقالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسُفَ، فِي رِوَايَةِ مُحمدٍ عَنْهُ: لا يَصِحُّ العَفْوُ عَنْ حَدِّ القَذْفِ، بَلَغَ الإمَامَ أو لَمْ يَبْلُغْ.

١٥٣٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٨، من الكتاب والباب السابقين.

(١) استعداني عليه: أي طلب تقويتي ونصره.

(٢) لأبوأن: أي لأرجعنّ بمعنى لأقرّن.

(٣) أجز: أي أمضي.

وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ، والأوْزَاعِيِّ.

وَرَوى بشْرُ بْنُ الوَلِيدِ، عَنْ أَبِي يُوسُفَ، أَنَّ عَفْوَه يَصِحُّ، كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ أَبُو جَعْفرٍ الطَّحَاوِيُّ: لَمَّا كَانَ حَدُّ القَذْفِ يَسْقطُ بِتَصْدِيقِ القَذْفِ لِلْقَاذِفِ، دَلَّ أَنَّهُ حَقٌّ لِلآدَمِيِّ، لا حَقٌّ لِلَّهِ.

قال أبو عمر: العَفْوُ في حقوقِ الآدميينَ إذا عَفَوْا، جائزٌ بإجْماعٍ.

١٥٤٠ ـ مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ قَذَفَ قَوْماً جَمَاعَةً: أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلا حَدٌّ وَاحِدٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ تَفَرَّقُوا فَلَيْس عَلَيْهِ إلا حَدٌّ وَاحِدٌ.

قال أبو عمر]: رَوى مَعمرٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، قالَ: إِذَا جَاؤوا جَمِيعاً، فَحَدٌّ وَاحِدٌ، وَإِنْ جَاءُوا مُتَفَرِّقِينَ، أخذَ لِكلِّ إِنْسَانٍ بِحَدِّه.

ذَكرَ أَبُو بَكْرٍ، قالَ: حدَّثني أَبُو أُسَامَةَ، [عن هشام بن عُرْوَةَ] عَنْ أبِيهِ، فِي الَّذِي يَقْذفُ القَوْمَ جَمِيعاً، [قَالَ: إِنْ كَانَ في كَلامٍ وَاحِدٍ، فَحَدٌّ وَاحِدٌ، وَإِنْ فرقَ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُم حَدٌّ، وَالسَّارِقُ مِثْلُ ذَلِكَ].

قَالَ عَبْدُ الرَّزَّاق، عَنِ ابْنِ جُريج، عَنْ هِشَام، عَنْ أَبيهِ مِثْلَهُ، إِلَى آخِرِه.

قال أبو عمر: فِي هَذِهِ المَسْألَةِ لِلْعُلَماءِ أَقْوالٌ:

أحدها: أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى قَاذِفِ الجماعَةِ إلا حَدٌّ وَاحِدٌ، تَفرَّقُوا أوِ اجْتَمعُوا؛ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَطَاوُسٍ، وَعَطاءٍ، وَالزُّهريِّ، وَقَتَادَةَ، وَإِبْرَاهِيمَ النخعيِّ، فِي رِوَايَةِ حَمَّادٍ، وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحاقَ.

وَذَكرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ الثَّوْرِيِّ، عَنْ سُلَيْمانَ الشَّيْبَانيِّ، وَجَابِرٍ، وفراسٍ، كُلُّهم عَنِ الشَّعْبِيِّ، فِي الرَّجُلِ يَقْذفُ القَوْمَ جَمِيعاً، قالَ: إذا فَرَّقَ، ضُربَ لِكُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُم، وَإِنْ جمعَهم، فَحَدٌّ وَاحِدٌ.

قَالَ الثَّوْرِيُّ، وَقالَ حَمَّادٌ: حَدٌّ وَاحِدٌ، جَمعَ أو فَرَّقَ.

وَعَنْ معْمَرٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، قَالَ: إِنْ قَذَفَهُمْ جمِيعاً، فَحدٌّ وَاحِدٌ، مُجْتَمِعِين كَانُوا أو مُفْتَرِقِينَ، وَالآخرُ: إِنْ قَذَفَهُمْ شَتَّى، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمْ حَدٌّ، وَإِنْ قَذَفَهُم جَمِيعاً، فَحدٌّ وَاحِدٌ.

وَالثَّالِثُ؛ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم حَدّاً]، سَواءٌ كَانَ القَذْفُ وَاحِداً، أو قَذف كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُم مُنْفَرِداً.

١٥٤٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ١٩، من الكتاب والباب السابقين.

وَاتَّفَقَ مَالِكٌ، وأبو حَنِيفَةَ، وَأصْحابُهُما، وَالثَّورِيُّ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، أنَّهُ إذَا قَذَفَهُمْ بِقَوْلٍ وَاحِدٍ، أو أفْرَدَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُم، فَلَيْسَ عَلَيهِ إلا حَدٌّ وَاحِدٌ، مَا لَمْ يحدّ، ثُمَّ يقذفُ بَعْدَ الحَدِّ.

وَقَالَ ابْنُ أبِي لَيْلَى: إذَا قَالَ لَهُمْ: يَا زُنَاةُ، فَعَلَيهِ حَدٌّ وَاحِدٌ، وَإنْ قَالَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم: يَا زَانٍ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم حَدٌّ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّعبيِّ فِي رِوَايَةٍ، وَقَوْلُ أحْمَدَ أيْضاً.

وَقَالَ عُثْمانُ البتيُّ: إذَا قَذَفَ جَماعَة، فَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَدٌّ؛ فَإنْ قَالَ لِرَجُلٍ: زَنَيْتَ بِفُلانَةٍ: فَعَلَيهِ حَدٌّ وَاحِدٌ؛ لأنَّ أبَا بَكْرةَ وَأصْحابَهُ ضَربَهُم عُمَرُ حَدّاً وَاحِداً، وَلَمْ يحدّهم لِلْمَرْأةِ.

قال أبو عمر: تَنَاقَضَ البتيُّ فِي هَذِهِ المَسألَةِ، وَلَيْسَ ما احْتَجَّ بِهِ مِنْ فِعْلِ عُمَرَ [حُجَّةً؛ لأنَّ المَرْأةَ لَمْ تَطْلُبْ حَدَّهَا عِنْدَ عُمَرَ، وَإنَّما الحَدُّ لِمَنْ طَلَبَهُ، وَقامَ فِيهِ، وَهَذا أيْضاً مِنْ فِعْلِ عُمَرَ يَدُلُّ عَلَى أنَّ حَدَّ القَذْفِ مِنْ حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ، لا يَقُومُ بِهِ السُّلْطَانُ، إلا أنْ يَطْلُبَ المَقْذُوفُ ذَلِكَ عِنْدَهُ.

وَقَالَ الحَسَنُ بْنُ حَيّ: إذَا قَالَ: مَنْ دَخَلَ هَذِهِ الدَّارَ، فَهُوَ زَانٍ، ضُرِبَ لِكُلِّ مَنْ دَخَلَها الحَدَّ، إذَا [طَلَبَ] ذَلِكَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، فيما ذكرَ عَنْهُ المزنيُّ: إذا قَذفَ جَماعَةً بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم حَدٌّ، وَإنْ قَالَ: يَا ابْنَ الزَّانِيَيْنِ، فَعَلَيْهِ حَدَّانِ.

وَقَالَ فِي أحْكامِ القُرآنِ: إذَا قَذَفَ [امْرأتَهُ] بِرَجُلٍ، لاعَنَ، وَلَمْ يحدّ الرَّجُلَ.

وَفِي البُوَيْطِيِّ عَنْهُ مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ.

قال أبو عمر: الحُجَّةُ لِمَالِكٍ، وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ، حَدِيثُ أنَسٍ وَغَيْرِهِ، أنَّ هِلالَ بْنَ أُمَيَّةَ، قَذَفَ امْرَأتَهُ بِشريك بْنِ سحماءَ، فَرفَعَ ذَلِكَ إلى النَّبيِّ ﷺ، فَلاعَنَ بَيْنَهُما، وَلَمْ يحدَّ لِشريكٍ(١)، ولاَ يَخْتَلِفُونَ أنَّ مَنْ قَذَفَ [امْرَأتَهُ] بِرَجُلٍ، فَلاعَنَ، لَمْ يحدّ الرَّجُلَ.

وَمِنْ حُجَّةِ مَنْ قَالَ: عَلَى قَاذِفِ الجَمَاعَةِ، لِكُلِّ واحِدٍ مِنْهُم حَدٌّ، إجْمَاعهم عَلَى أنَّهُ لَو عَفَا أحَدُ المَقْذُوفِينَ، كَانَ لِمَنْ جمعهُ القَذْفُ مَعَهُ أنْ يَقُومَ ـ إنْ شَاءَ ـ بحَدِّهِ، وَلَو

---

(١) أخرجه البخاري في الشهادات باب ٢١، وتفسير سورة ٢٤، باب ٣، والطلاق باب ٢٨، ومسلم في اللعان حديث ١١، وأبو داود في الطلاق باب ٢٧، والترمذي في تفسير سورة ٢٤، باب ٣، والنسائي في الطلاق باب ٣٧، ٣٨، وابن ماجه في الطلاق باب ٢٧، وأحمد في المسند ١/ ٢٧٣، ٣/ ١٤٢.

كَانُوا عَشرةً أو أكْثَرَ، فَعَفا التِّسْعَةُ، كَانَ لِلْبَاقِي القِيَامُ فِي حَدِّهِ، وَحدُّ القَاذِفِ لَهُ، وَلو كَانَ حَدّاً وَاحِداً، لَسقطَ يَعْفُو مَنْ عَفَا، كَما يَسْقُطُ الدِّمَاءُ.

وَلَهُم فِي هَذا مِنَ القَوْلِ وَالاعْتِلالِ مَا يَطُولُ ذِكْرُهُ، وَلَيْسَ كِتَابُنا هَذا بِمَوضعٍ لَهُ.

١٥٤١ ـ مَالِكٌ عَنْ أَبِي الرِّجَال؛ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ حَارِثَةَ بْنِ النُّعْمَانِ الأَنْصَارِيِّ، ثُمَّ مِنْ بَنِي النَّجَّارِ، عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمنِ؛ أَنَّ رَجُلَيْنِ استَبَّا [فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا للآخَرِ: وَاللَّهِ مَا أَبِي بِزَانٍ، وَلا أُمِّي بِزَانِيَةٍ، فَاسْتَشَارَ فِي ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ، فَقَالَ قَائِلٌ: مَدَحَ أَبَاهُ وَأُمَّهُ: وَقَالَ آخَرُونَ: قَدْ كَانَ لأَبِيهِ وَأُمِّهِ مَدْحٌ غَيْرُ هذَا، نَرَى أَنْ تَجْلدَهُ الحَدَّ، فَجَلَدَهُ عُمَرُ الحَدَّ، ثَمَانِينَ.

قَالَ مَالِكٌ: لا حَدَّ عِنْدَنَا إلا فِي نَفْيٍ. أَوْ قَذْفٍ، أو تعْرِيضٍ، يُرَى أَنَّ قائِلهُ إِنَّمَا أَرَادَ بِذَلِكَ نَفْياً، أَوْ قَذْفاً، فَعَلى مَنْ قَالَ ذَلِكَ، الحَدُّ تَامّاً.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلَماءُ فِي التَّعْرِيضِ بِالقَذْفِ، هَلْ يُوجِبُ الحَدَّ أَمْ لا؟

يُرْوَى عَنْ عُمَرَ، مِنْ وُجُوهٍ، أَنَّهُ حَدَّ فِي التَّعْرِيضِ.

وَرَوى مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ سَالِمٍ، عَنِ ابْنِ عُمرَ، أَنَّ عُمرَ كَانَ يَحدُّ فِي التَّعْرِيضي بِالفَاحِشَةِ.

وَابْنُ جُرِيج قالَ: أَخْبَرني ابْنُ أبي مُلَيْكَةَ، عَنْ صَفْوانَ، وأَيُّوبَ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ، أَنَّهُ حَدَّ فِي التَّعْرِيضِ.

وَقالَ ابْنُ جُرِيجٍ: الَّذِي حَدَّهُ عُمَرُ فِي التَّعْرِيضِ عِكْرِمَةُ بْنُ عَامِرِ بْنِ هشام بْنِ عَبْدِ مَنافِ بْنِ عَبْدِ الدَّارِ عندما هجا وَهْبَ بْنَ زمعة بْنِ الأَسْوَدِ بْنِ عَبْدِ المطلب بْنِ أسدٍ، تعرَّضَ لَهُ فِي هجَائِهِ، سَمِعْتُ ابْنَ أَبِي مُلَيْكَةَ يُحَدِّثُ بِذَلِكَ.

وَكانَ عُثْمانُ يَرى الحَدَّ فِي التَّعْرِيضِ.

ذَكرَ أَبُو بَكْرٍ، [قَالَ: حَدَّثني] مُعَاذٌ، عَنْ عَوْفٍ، عَنْ أَبِي رَجاء، أَنَّ عُمرَ، وَعُثْمانَ، كَانَا يُعَاقِبَانِ فِي الهِجَاءِ.

قالَ: وَحدَّثني عَبْدُ الأَعْلَى، عَنْ خَالِدِ بْنِ أَيُوبَ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ قرَّةَ، أَنَّ عُثْمانَ، جَلدَ الحَدَّ فِي التَّعْرِيضِ.

وَكَانَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ يحدُّ فِي التَّعرِيضِ.

وَذَكرَ الأَوْزَاعِيُّ، عَنِ الزُّهريِّ، أَنَّهُ كَانَ يحدُّ فِي التَّعْرِيضَ.

١٥٤١ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، بعد الحديث رقم ١٩، من الكتاب والباب السابقين.

[وَهُوَ قَوْلُ الأَوْزَاعِيِّ.

وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، رِوَايَتَانِ.

إحْدَاهُمَا: أَنَّهُ أَفْتَى بِضَرْبِ الحَدِّ فِي التَّعْرِيضِ].

والثَّانِيةُ: أَنَّهُ قَالَ: لا حَدَّ إلا عَلَى مَنْ نصبَ الحَدَّ نَصْباً.

وَقالَ الشَّافعيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحابُهما، وَالثَّوْرِيُّ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى، وَالحَسَنُ بْنُ حي: لا حَدَّ فِي التَّعْرِيضِ فِي القَذْفِ، وَلا يَجبُ الحَدُّ إلا فِي التَّصْرِيحِ بِالقَذْفِ البَيِّنِ.

إلا أَنَّ أبا حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيَّ، يَقُولان: [يُعزَّر] المُعرِّضُ لِلْقَذْفِ، وَيُؤَدَّبُ؛ لأَنَّهُ أذى، وَيُزْجَرُ عَنْ ذَلِكَ.

وَقالَ أصحابُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ: إنَّ الخِلافَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الصَّحَابَةِ؛ لأَنَّ عُمَرَ [حَدَّ]، فِي حَدِيثِ مَالِكٍ [وَغَيْرِهِ]، وَلَمْ يُشَاوِرْ فِي قَوْلِ الرَّجُلِ: مَا [أَبِي] بِزَانٍ، وَلا أُمِّي بِزَانِيَةٍ، إلا مَنْ [إذَا] خَالَفَ، قَبْلَ خِلافِهِ، مِنَ الصَّحَابَةِ، لا مِنْ غَيْرِهِمْ.

قال أبو عمر: قَدْ رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ، خَالَفَ فِي ذَلِكَ غَيْرَهُ مِنَ الصَّحَابَةِ الَّذِينَ شَاوَرَهُم فِي ذَلِك.

ذَكرَ أَبُو بَكْرٍ، قالَ: حدَّثنِي [عَبْدُ اللَّهِ] بْنُ إدْرِيس، عَنْ يحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي الرِّجالِ عَنْ أُمِّهِ عمرةَ، [قالت] اسْتَبَّ رَجُلانِ؛ فَقالَ أحدُهُما: مَا أَبِي بِزَانٍ، وَلا أُمِّي بِزَانِيَةٍ. فَشاوَرَ عُمَرُ القَوْمَ؛ فَقالُوا: مدحَ أَبَاهُ وَأُمَّهُ. فَقالَ عُمَرُ: لَقَدْ كَانَ لَهُما مِنَ المَدْحِ غَيْرُ هَذا، فَضَرَبَهُ.

وَمِمَّنْ قَالَ أَنْ لا حَدَّ فِي التَّعْرِيضِ؛ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ، وَالقاسِمُ بْنُ مُحمدٍ، وَالشَّعْبِيُّ، وَطَاوسٌ، وَالحَسَنُ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمانَ.

وَرَوى ابْنُ عُتَيْبَةَ، وَالثَّوْرِيُّ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ قَاسِمِ بْنِ مُحمدٍ، [قالَ: مَا كُنَّا نرى الحَدَّ، إلا فِي القَذْفِ البَيِّنِ، أو فِي النَّفْيِ البَيِّنِ.

وَذكرَ أَبُو بَكْرٍ، قالَ: حدَّثني عَبْدَةُ عَنْ مُحمدٍ] بْنِ إِسْحاقَ، عَنْ القَاسِمِ مِثْلَهُ.

قالَ: وحدَّثني ابْنُ المُبارَكِ، وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعمرٍ، عَنْ عَبْدِ الكَرِيمِ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، قالَ: لا حَدَّ إلا عَلَى مَنْ نَصبَ الحَدَّ نَصْباً.

قَالَ: حَدَّثني غندر، عَنْ عَوْفٍ، عَنِ الحَسَنِ، أَنَّهُ قَالَ: لا يجلدُ إلا مَنْ صَرَّحَ بِالقَذْفِ.

قالَ: وَأَخْبرنا هشيمٌ، عَنْ مَنْصُورٍ، عَنِ الحَسَنِ، قالَ: لَيْسَ عَلَيهِ حَدٌّ، حَتَّى يَقُولَ: يا زَانٍ. أو: يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ.

قال مَالِكٌ[1]: الأمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ إِذَا نَفى رَجُلٌ رَجُلا مِنْ أَبيه، فإِنَّ عَلَيْهِ الحَدَّ، وَإِنْ كَانَتْ أمُّ الَّذِي نُفيَ مَمْلُوكَةً، فَإِنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ.

قال أبو عمر: لا خِلافَ بَيْنَ السَّلَفِ وَالخَلَفِ، مِنَ العُلَمَاءِ، فيمن نَفَى رَجُلاً عَنْ أَبيهِ، وَكَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً، مُسْلِمَةً، عَفِيفَةً، أنَّ عَلَيْهِ الحَدَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً، إنْ كَانَ حُرّاً، وَاخْتَلَفُوا إذا كَانَتْ أَمَةً، أو ذِمِّيَّةً.

ذكرَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثني شريكٌ، عَنْ جَابرٍ، عَنِ القاسم بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ أبيهِ، قالَ: [قَالَ: عَبْدُ اللَّهِ: لا حَدَّ إلا عَلَى رَجُلَيْنِ؛ رَجُلٍ قَذَفَ مُحصنَةً، أو نَفَى رَجُلاً عَنْ أبيهِ]، وَإنْ كانَتْ أُمُّهُ أَمَةً.

قَالَ: وَحَدَّثَنِي عَبْدُ الأعْلَى، عَنْ مَعمرٍ، عَنِ الزُّهريِّ، قالَ: إذا نَفَى الرَّجُلَ عَنْ أبيهِ، فَإن عَلَيْهِ الحَدَّ، وَإنْ كَانَتْ أُمُّهُ مَمْلُوكَةً.

قال: وَحدَّثني ابن مهديٍّ، عَنْ سُفْيَانَ، عَنْ سَعِيد الزبيديِّ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، فِي الرَّجُلِ يَقُولُ للرَّجُلِ: لَسْتَ لأبِيك، وَأُمُّهُ أمَةٌ، أو يَهُودِيَّةٌ، أو نَصْرَانِيَّةٌ، قَالَ: لا يجلَدُ.

قَالَ: وَحَدَّثني وَكيعٌ، عَنْ سُفيانَ، عَنْ شَيْخ مِنَ الأزْدِ، أَنَّ ابْنَ هُبَيْرَةَ، سَأَلَ عَنِ الرَّجُلِ يَنفِي الرَّجُلَ عَنْ أبيهِ وَأمُّهُ أَمَةٌ، الحَسَنَ، والشَّعْبيَّ، فَقالا: يُضْرَبُ الحَدَّ.

قال أبو عمر: الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ، أن لا حَدَّ عَلَى مَنْ نَفَى رَجُلاً عَنْ أَبِيهِ، إِذَا كَانَتْ أُمُّهُ أَمَةً، أو ذِمِّيَّةً، لأنَّه قَاذِفٌ لأمِّهِ، وَلَو صَرحَ بِقَذْفِها، لَمْ يَمُنْ عَلَيْهِ حَدٌّ.

وَذَكرَ المزنيُّ، عَنِ الشَّافِعِيِّ، قَالَ: [وَإِنْ قَالَ] يَا ابْنَ الزَّانِيين، وَكانَ أَبَوَاهُ حُرَّيْنِ مُسْلِمَيْنِ، فَعلَيْهِ حَدَّانِ.

قَالَ: وَلا حَدَّ إِلا عَلَى مَنْ قَذَفَ حُرًّا، بَالِغاً، مُسْلِماً، أو حُرَّةً، بَالِغَةً، مُسْلِمَةً.

وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّ قَذفَ مَمْلُوكَةً، [مُسْلِمَةً] أو كَافِرَةً، أَنَّهُ لا حَدَّ عَلَيْهِ لِلْقَذْفِ، وإِنْ كَانَ مِنْهُمْ مَنْ يَرى التَّعْزِيرَ؛ للأذَى، وَمِنْهُم مَنْ يَرَى فِي ذَلِكَ الأدبَ.

٦ ـ باب ما لا حد فيه

١٥٤٢ ـ قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمعَ فِي الأمَةِ يَقَعُ بِهَا الرَّجُلُ، وَلَهُ فِيهَا

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٣٠.

١٥٤٢ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، وهو الباب ٦ (ما لا حد فيه) من كتاب الحدود.

شِرْكٌ، أنهُ لا يُقَامُ عَلَيهِ الْحدُّ، وَأَنَّهُ يُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ، وَتُقَوَّمُ عَلَيْهِ الْجَارِيَةُ حِينَ حَمَلَتْ، فَيُعْطَى شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ مِنَ الثَّمَنِ، وَتَكُونُ الْجَارِيَةُ لَهُ، وَعَلَى هَذَا، الأمْرُ عِنْدَنَا.

قال أبو عمر: هَذَا وَاضِحٌ؛ لأنَّهُ قَدْ سَمعَ الخِلافَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَة، وَاخْتَارَ مِنْهُ مَا ذَهَبَ إلَيْهِ، وَذكرَهُ فِي «مُوطَّئِهِ»، وَلَهُ مِنَ السَّلَفِ فِي ذَلِكَ؛ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، وَشريحٌ، وَإِبْرَاهِيمُ، وَغيْرُهُم، وَلَمْ يُفَرِّقِ ابْنُ عُمَرَ، بَيْنَ عِلْمِ الواطِىءِ بِتَحْرِيمها عَلَيْهِ، وَبَيْنَ جَهْلِهِ، وَلَمْ يرَ عَلَيْهِ حداً، وَجَعَلَهُ خَائِناً.

وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ.

وَالقِيَاسُ أحَدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ؛ لأَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ لَهُ أَمَةٌ، وَهِيَ أُخْتُهُ فِي الرَّضَاعَةِ، وَطَأَها عَالِماً بِالتَّحْرِيمِ؛ فيها قَوْلانِ:

أحَدُهُما: عَلَيْهِ الحَدُّ.

وَالثَّانِي: لا حَدَّ عَلَيْهِ؛ لِشُبْهَةِ المِلْكِ الَّتِي [لا شبْهَةَ] لَهُ فِيها.

وَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ، فَذَكَرَهُ أبُو بَكْرٍ، قَالَ: حَدَّثني [وَكِيعٌ، عَنْ] إسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي خَالِدٍ، عَنْ عُميرِ بْنِ نمير، قَالا: سُئِلَ ابْنُ عُمَرَ، عَنْ جارِيَةٍ كَانَت بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَوقَعَ عَلَيْها أحَدُهُما، فَقَالَ: لَيْسَ عَلَيهِ حَدٌّ، هُوَ خَائِنٌ، تُقَوَّمُ عَلَيْهِ [قِيمَتُها]، ويَأْخُذُها.

قَالَ: وَحَدَّثني يَحْيى بْنُ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدٍ، عَنْ مُغِيرَةَ، عَنْ إبْرَاهِيمَ، فِي جَارِيَةٍ كَانَتْ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَوقَعَ عَلَيْهَا أحَدُهُمَا فَحمَلَتْ، قَالَ: تُقَوَّمُ عَلَيْهِ.

قَالَ: وَحدَّثني حُمَيْدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحمنِ الرؤاسيُّ، عَنْ حسن بْنِ صالِحٍ، عَنْ لَيْثٍ، عَنْ طاوسٍ، فِي الجَارِيَةِ تَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيَطَؤُها أحدُهُما، قَالَ: عَلَيْهِ العقر بِالحصَّةِ.

قال أبو عمر: مَنْ دَرَأَ عَنهُ الحَدَّ، أَلْحَقَ بِهِ الوَلَدَ، وَأَلْزَمَهُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ أو شُرَكَائِهِ، مِنْ صَدَاقِ مِثْلِها، وَلَمْ يُقَوِّمْهَا عَلَيْهِ، وَمَنْ قَوَّمَها عَلَيْهِ، لَمْ يُلْزِمْهُ شَيْئاً مِنَ الصَّدَاقِ.

وَكَانَ الحَسَنُ يَقُولُ: يُعزَّرُ، وَيُقَوَّمُ عَلَيْهِ، ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ، عَنْ يزيدَ، عَنْ هِشَامٍ، عَنِ الحَسنِ.

قَالَ: وَحدَّثني كثيرُ بْنُ هِشَام، عَنْ جعْفَرِ بْنِ بُرْقَانَ، قَالَ: [بَلَغَنا] أنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ العَزِيزِ، أُتِي بِجارِيَةٍ كَانَتْ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَوطِئَها أحَدُهما، فَحمَلَتْ، فَاسْتَشارَ فِي ذَلِكَ سَعِيدَ بْنَ المُسَيَّبِ، وَسَعِيدَ بْنَ جُبَيْرٍ، وَعُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ، فَقَالُوا: نَرى أنْ يُجْلَدَ دُونَ الحَدِّ، وَيُقَوِّمُونَها قِيمَةً؛ وَيَدْفَعُ إلى شَريكه نِصْفَ القِيمَةِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ سَعِيد بْنِ المُسَيَّبِ، فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ قَوْلٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ يُجْلَدُ الحَدَّ إلا سَوْطاً وَاحِداً.

رَوَاهُ معمرٌ، عَنْ يَحْيَى بْنِ كثيرٍ، قَالَ: سُئِلَ سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ، وَرَجُلانِ مَعَهُ مِنْ فُقَهاءِ المَدِينَةِ، عَنْ رَجُلٍ وَطِىءَ جَارِيَةً لَهُ، فِيها شِرْكٌ، فَقَالُوا: عَلَيْهِ الحَدُّ، إلا سَوْطاً وَاحِداً.

وَذَكَرَ أبو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني حَفْصُ بْنُ غَيَّاثٍ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ أَبِي هند، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، فِي جَارِيَةٍ، كَانَتْ بَينَ رَجُلَيْنِ، فَوَقَعَ عَلَيْهَا أحدُهُمَا، قَالَ: يُضْرَبُ تِسْعَةَ وتسعِين سَوْطاً.

وَقَدْ جَاءَ عَنْ سَعِيد بْنِ المُسَيَّبِ، فِي ذَلِكَ أَيْضاً رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ، ذَكَرَها عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ ابْنِ جريجٍ، قَالَ: أَخْبَرَنِي دَاوُدَ بْنُ أَبِي العَاصِم، عَن سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، فِي رَجُلَيْنِ بَيْنَهُما جَارِيَةٌ، وَطَآهَا مَعاً، قَالَ: يُجْلَدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُما شطْرَ العَذَابِ، وَإِنَّما دَرَأَ عَنهُما الرَّجْمَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ منهُما، وَإِنْ وَلَدَتْ دُعِيَ الوَلَدُ القافَةَ.

وَعَنْ مَعمرٍ، عَنِ الزُّهري، فِي رَجُلٍ وَطِىءَ جارِيَةً، وَلَهُ شِرْكٌ، قَالَ: يُجْلَدُ مِائَةً أُحصنَ أو لَمْ يحْصِنْ، وَتُقَوَّمُ عَلَيْهِ هِي وولَدُها، ثُمَّ يغرمُ لِصَاحِبِهِ الثَّمَنَ، قَالَ معمرٌ: وَأَمَّا ابْنُ شبْرُمةَ، وَغَيْرُهُ، مِنْ فُقَهاءِ الكوفَةِ، فَيَقُولُونَ: تُقَوَّمُ عَلَيْهِ [هِيَ وولَدُها، ثُمَّ يغرمُ لِصَاحِبِهِ الثَّمَنَ، قَالَ معمرٌ]: وَلا يُقَوَّمُ عَلَيهِ وَلَدُهَا.

قال أبو عمر: مَنْ قَوَّمَها عَلَيْهِ يَوْمَ الوَطْءِ، لَمْ يُقَوِّمْ وَلَدَها، وَمَنْ قَوَّمَها بَعْدَ الوَضْعِ، قَوَّمَ وَلَدَها مَعَها، ويغرمُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِها، وَنِصْفَ قِيمَةِ وَلَدِها، إِنْ كَانَتْ بَيْنَهُما نِصْفَيْنِ.

وَذَكَرَ أبو بَكْرِ بْنُ أبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثني دَاوُدُ بْنُ الجراح، عَنِ الأَوْزَاعِيِّ، عَنْ مَكحُولٍ، فِي جَارِيَةٍ بَيْنَ ثَلاثَةٍ؛ وَقَعَ عَلَيْهَا أَحَدُهُمْ، قَالَ: عَلَيْهِ أدنَى الحَدَّيْنِ، مائَةٌ، وَعَلَيْهِ ثُلُثَا ثَمَنِها، وَثُلُثا عقرِها، وَثُلُثا قِيمَةِ الوَلَدِ إنْ كَانَ.

وَذَكَر عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ أبي حَنيفَةَ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، فِي الجَارِيَةِ، تَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَتَلِدُ مِنْ أحَدِهما، قَالَ: يُدْرأ عَنْهُ [الحدُّ بِجَهَالَتِهِ، وَيَضْمنُ لِصَاحِبِهِ نصِيبَهُ، وَنِصْفَ ثَمَنِ وَلَدِهِ.

قَالَ: وَإِنْ كَانَتْ بَيْنَ أخوَيْنِ، فوقَعَ عَلَيْها أحدُهُما، فَوَلَدَتْ، قَالَ: يُدْرَأُ عَنْهُ] الحَدُّ، وَيضمنُ لأخِيهِ قيمَةَ نَصِيبِهِ مِنَ الجَارِيَةِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ قِيمَةٌ فِي وَلَدِها؛ لأَنَّهُ يعْتقُ حِينَ مَلكهُ.

قال أبو عمر: هَذَا عَلَى مَا ذَكَرْنا فِي كِتَابِ العتقِ، مِنْ مَذْهَبِ الكُوفِيِّينَ، فِي أَنَّهُ يعْتقُ عَلَى إِنْسَانٍ كُلُّ مَا ملكهُ مِنْ ذِي رَحِم [محرم مِنْهُ].

قَالَ عَبْدُ الرزَّاقِ: وَقَالَ لَنا سُفْيانُ الثوريُّ: أَمَّا نَحْنُ فَنَقُولُ فِي هَذِهِ: لا جَلْدَ وَلا رَجْمَ، وَلَكِنْ تَعْزِيرٌ.

وَمَذْهَبُ الأَوْزَاعِي فِيها، كَمَذْهَبِ الزُّهْرِيِّ وَمَكْحُولٍ: يُضْرَبُ أدْنَى الحَدَّينِ، أحْصنَ أو لَمْ يحصنْ.

وقَالَ أبُو ثَوْرٍ: عَلَيْهِ الحَدُّ كَامِلاً؛ لأَنَّهُ وَطِىءَ فَرْجاً مُحَرَّماً عَلَيْهِ، إِذَا كَانَ بِالتَّحْرِيم عَالِماً.

قال أبو عمر: لَيْسَ كُلُّ مَنْ وَطِىءَ فَرْجاً مُحرماً عَلَيْهِ وَطْؤُهُ يَلْزَمُهُ الحَدُّ؛ لإِجْماعِهِمْ أن لا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِىءَ صَائِمَةً، أو مُعْتكفَةً، أو مُحْرِمَةً، أو حَائِضاً، وَهِي لَهُ زَوْجَةٌ أو أمَةٌ.

وَالَّذِي عَلَيْهِ جُمْهُورُ الفُقَهاءِ، أَنَّ شُبْهَةَ المِلْكِ شُبْهَةٌ يَسْقُطُ مِنْ أجْلِهَا الحَدُّ.

وَأحْسَنُ مَا فِيهِ عِنْدِي، أَنَّهُ يَلْزَمُ الوَاطِىءَ نصْفُ صَدَاقِ مِثْلِها، إِنْ كَانَ لَهُ نِصْفُها، وَنِصفُ قِيمَتِها، وَيُدْرَأُ عَنهُ الحَدُّ. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

وَأَمَّا الرَّجُلُ الغَازِي يَطَأُ جَارِيَةً مِنَ المَغْنَم، وَلَهُ فِي المَغْنَم نَصِيبٌ، فَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ فِي هَذَا، عَلَى غَيْرِ اخْتِلافِهِمْ فِي الجَارِيَةِ تَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيَطَؤُهَا أحَدُهما أو كِلاهُما؛ فَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَولُ مَالِكٍ وَأصْحَابِهِ، وَسَائِرِ أهْلِ العِلْمِ؛ مِنْهُم مَنْ رَأى الحَدَّ عَلَيْهِ، وَمِنْهُم مَنْ لَمْ يرَ عَلَيْهِ حَدّاً؛ لأَنَّ لَهُ فِيها نَصِيباً.

الَّذِي رَأى عَلَيْهِ الحَدَّ، قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ نَصِيبٌ مَعْلُومٌ، وَلا حصَّةٌ مُتَعينَةٌ، وَلا ينفذُ لَهُ فِي نَصِيبِهِ عتقٌ، فَكَأَنَّهُ لا نَصِيبَ لَهُ فِيها حَتَّى يبرزَهُ لَهُ السُّلْطَانُ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرزَّاقِ، عَنِ ابْنِ جريج، عَنْ نَافِع، أَنَّ غُلاماً لِعُمَر بْنِ الخَطابِ، وَقَعَ عَلَى وَلِيدَةٍ مِنَ الخمسِ، فاسْتَكْرَهَها، فَأَصَابَها، وَهُوَ أمِيرٌ عَلَى ذَلِكَ الرَّقِيقِ فَجَلَدَهُ عُمَرُ الحَدَّ، وَنَفاهُ، وَترَكَ الجَارِيَةَ، وَلَمْ يَجْلِدْهَا؛ مِنْ أجْلِ أَنَّهُ اسْتَكْرَهَها.

قال أبو عمر: ذَكَرَ هَذَا الخَبَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، فِي بَابِ الرَّجُلِ يُصِيبُ جَارِيَةً مِنَ المَغْنَم، وَهَذَا قَدْ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الغُلامُ عَبْداً، لا حَقَّ لَهُ فِي الفَيْءِ، وَإِنَّما فَائِدَةُ هَذَا الخَبَرِ جَلْدُ العَبْدِ وَنَفْيُهُ، وَأَنَّ المُسْتَكْرَهَةَ لا شَيْءَ عَلَيْهَا.

وَقَدْ مَضَى ذَلِكَ كُلُّهُ فِي مَوْضِعِهِ مِنْ كِتَابِنَا هَذَا. والحمدُ للَّهِ كَثِيراً.

قَالَ عَبْدُ الرزَّاقِ: وأخْبرنا ابْنُ جريجٍ، قَالَ: أخْبرنا إِسْماعِيلُ بْنُ خَالِدٍ، أَنَّ رَجُلا

عجلَ، فَأصاب وَلِيدَةً مِنَ الخمسِ، فَقَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّها تحلُّ لِي، فَقَالَ عَليٌّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنَّ لَهُ فِيها حَقّاً، فَلَمْ يَجْلِدْهُ مِنْ أَجْلِ الَّذِي لَهُ فِيها.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني وَكِيعٌ، عَنْ مُوسَى بْنِ عُبيدَةَ، عَنْ بَكْرِ بْنِ دَاوُدَ، أَنَّ عَلِياً أَقَامَ عَلَى رَجُلٍ، وَقَعَ عَلَى جَارِيَةٍ مِنَ الخمسِ الحَدَّ.

قال أبو عمر: كِلا الخَبَرَيْنِ عَنْ عَلِيٍّ مُنْقَطعٌ، لا حُجَّةَ فِيهِ، وَلا يُقْطعُ بِهِ عَلَى عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلامُ.

وَذَكرَ عَبْدُ الرزَّاقِ، عَنْ مَعمرٍ، عَنْ قَتادَةَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، فِي رَجُلٍ وَقَعَ عَلَى جَارِيَةٍ مِنَ المَغْنَمِ، قَبْلَ أَنْ يقسمَ، قَالَ: يُجْلَدُ مائةً إلا سَوْطاً، أَحْصنَ أو لَمْ يحصِنْ.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، [عَنْ هِشَام] عَنِ الحَسَنِ، قَالَ: إِذَا كَانَ لَهُ فِي الفَيْءِ شَيْءٌ عُذِرَ وَيُقَوَّمُ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ فِي جَارِيَةٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَجُلٍ.

قَالَ: وَحَدَّثني هشيمٌ، عَنْ إِسْماعيلَ بن سالم، عَنِ الحَكَمِ، أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ وَطِىءَ جارِيَةً مِنَ الفَيْءِ؛ قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ حدٌّ، لَهُ فِيهَا نَصِيبٌ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ سَعِيدٍ [فِي ذَلِكَ خلافُ مَا تقَدَّمَ.

ذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدثني عَبْدَةُ، عَنْ سَعِيدٍ، عَنْ قَتادَةَ، عَنْ سَعِيدٍ] بْنِ المُسَيَّبِ، قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ حَدٌّ، إِذَا كَانَ لَهُ فِيها نَصِيبٌ.

قال أبو عمر: هَذَا أَوْلَى؛ لأنَّ الدِّماءَ مَحْذُورَةٌ، إلا بيقِينٍ، ولأنْ يُخْطىءَ الإِمَامُ فِي العَفْوِ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يُخْطِىءَ فِي العُقُوبَةِ. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]، فِي الرَّجُلِ يُحِلُّ لِلرَّجُلِ جَارِيتَهُ: إِنَّهُ إِنْ أَصابَهَا الَّذِي أُحِلَّتْ لَهُ قُوِّمَتْ عَلَيْهِ يَوْمَ أَصابَها، حَمَلَتْ أَوْ لَمْ تَحْمِلْ. وَدُرِىءَ عَنْهُ الْحَدُّ بِذَلِكَ، فَإِنْ حَمَلَتْ أُلْحِقَ بِهِ الْوَلَدُ.

قال أبو عمر: فِي هَذَا أَيْضاً أَقْوَالٌ:

أَحَدُها: هَذَا.

والآخَرُ: أَنَّها لا تُقَوَّمُ عَلَيْهِ، إِنْ لَمْ تَحمِلْ، وَيُعزَّرانِ مَعاً، إلا أَنْ يَكُونا جَاهِلَيْنِ.

والثَّالِثُ: أَنَّ الرَّقَبَةَ تبعٌ لِلْفرجِ، فَإِذَا أحلَّ لَهُ وَطْؤهَا، فَهِيَ هِبَةٌ مَقْبُوضَةٌ، فَإِنِ ادَّعَى [أَنَّهُ] لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ، حَلفَ، وَقُوِّمَتْ عَلَى الوَاطِىءِ، حَمَلَتْ أَو لَمْ تَحْمِلْ؛ لِيَكُونَ وَطْؤُهَا فِي شُبْهَةٍ، يلحقُ بِها الوَلَدَ.

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٣٠.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ إِذَا أحلَّ لَهُ وطْؤُهَا، فَقَدْ وَهَبها لَهُ، إِذَا كَانَ مِمَّنْ يَقْرَأُ: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٧] ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [الطلاق: ١].

والرابعُ: [أَنَّهُ زَانٍ إِنْ عَلِمَ] أَنَّهُ لا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ فَرْجٍ لَمْ يَمْلِكْ رَقَبَتَهُ، وَعَلَيْهِ الحَدُّ، وَإِنْ جَهِلَ، وَظَنَّ أَنَّ مَنْ يَمْلِكُ، يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي مَا شَاءَ مِنْها، دُرِىءَ عَنْهُ الحَدُّ.

قَالَ مَالِكٌ[1]، فِي الرَّجُلِ يَقَعُ عَلَى جَارِيَةِ ابْنِهِ أو ابْنَتِهِ: أَنَّهُ يُدْرَأُ عَنْهُ الْحَدُّ، وَتُقَامُ عَلَيْهِ الْجَارِيَةُ، حَمَلَتْ أَوْ لَمْ تَحْمِلْ.

قال أبو عمر: عَلَى هَذَا جُمْهُورُ العُلَمَاءِ، أَنَّهُ لا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِىءَ أَمَةَ أَحَدٍ مِنْ وَلَدِهِ، وَأظنُّ ذَلِكَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ؛ لما رُوِيَ عَنِ النبيِّ ﷺ، أَنَّهُ قَالَ لِرَجُلٍ خَاطَبَهُ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لأبيكَ»[2] وَقَال ﷺ: «لا يُقَادُ بِالوَلَدِ الوَالِدُ»[3].

وَأَجْمَعُ الجُمْهُورُ أَنَّهُ لا يَقْطَعُ فِي مَا سرق مِنْ مَالِ وَلَدِهِ.

فَهَذِهِ كُلُّها شُبهاتٌ، يُدْرَأُ بِها عَنها الحَدُّ.

وَأَمَّا تَقْوِيمُها عَلَيْهِ، فَلأنَّ وَطأَهُ لَها [يُحرِّمُها عَلَى ابنِه]، فَكَأَنَّهُ اسْتَكْرَهَهَا.

وَلَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ، إلا القُوتُ عِنْدَ الفَقْرِ وَالزَّمَانَةِ، وَمَا استهلكَ مِنْ مَالِهِ غير ذَلِكَ، ضَمَنهُ لَهُ، ألا ترى أَنَّهُ لَيسَ لَهُ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ إِنْ مَاتَ وَتَرَكَ وَلَداً، إلا السُّدسُ، وَسَائِرُ مَالِهِ لِوَلَدِهِ.

وَهَذَا بَيِّنٌ، أَنَّ قَوْلَهُ ﷺ: «أَنْتَ وَمالُكَ لأبيكَ»؛ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى التَّمْلِيكِ، وَكَما كَانَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «أَنْتَ» لَيْسَ عَلَى التَّمْلِيكِ، فَكَذَلِكَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ والسَّلامُ: «وَمَالُكَ» لَيْسَ عَلَى التَّمْلِيكِ، وَلَكِنَّهُ عَلَى البرِّ بِهِ، وَالإِكْرَام لَهُ.

وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ الأبَ، لَو قَتَلَ ابْنَ ابْنِهِ، أو مَنِ [الابنُ] وَلِيَّهُ، لَمْ يَكُنْ للابْنِ أَنْ يقبضَ مِنْ أَبِيهِ، فِي ذَلِكَ كُلِّهِ.

وَهَذا كُلُّهُ تَعْظِيمُ [حُقُوقِ الآباءِ وَالأمَّهاتِ]؛ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجلَّ: ﴿أَنِ ٱشْكُرْ لِى وَلِوَٰلِدَيْكَ﴾ [لقمان: ١٤]، وقَالَ عزَّ وجلَّ: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا﴾ [العنكبوت: ٨]، وَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا

---

(١) انظر الحاشية السابقة.

(٢) أخرجه ابن ماجه في التجارات باب ٦٤، وأحمد في المسند ٢/ ١٧٩، ٢٠٤، ٢١٤.

(٣) أخرجه الترمذي في الديات باب ٩، والدارمي في الديات باب ٦، وأحمد في المسند ١/ ١٦، ٢٢.

تَنۡهَرۡهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوۡلٗا كَرِيمٗا وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا﴾ [الإسراء: ٢٣، ٢٤].

فَأمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجلَّ الأَبْنَاءَ بِبرِّ الآبَاءِ وَإِكْرَامِهِما، فِي حَيَاتِهِمَا، وَالدُّعَاءِ لَهُمَا بَعْدَ وَفَاتِهِمَا.

وَثبتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، أَنَّهُ عَدَّ فِي الكَبَائِرِ عُقُوقَ الأبوَيْنِ(١).

وَأجْمَعَ العُلَمَاءُ عَلَى ذَلِكَ.

١٥٤٣ ـ مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحمنِ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لِرَجُلٍ خَرَجَ بِجَارِيَةٍ لامْرَأَتِهِ مَعَهُ فِي سَفَرٍ، فَأَصَابَها، فَغَارَتِ امْرَأَتُهُ، فَذَكَرتْ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: وَهَبْتُهَا لِي، فَقَالَ عُمَرُ: لَتَأتِيني بِالبيِّنَةِ، أو لأَرْمِيَنَّكَ بِالْحِجَارَةِ، قَالَ: فَاعْتَرَفَتِ امْرَأَتُهُ أَنَّهَا وَهَبْتها لَهُ.

قال أبو عمر: هَذَا [واضحٌ]؛ لأَنَّ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، رآهُ زَانِياً، وَكَانَ مُحْصناً، فَمِنْ ذَلِكَ أَخْبَرَهُ إِنْ لَمْ يُقم البَيِّنَةَ، رُجِمَ، وَفِي اعْتِرَافِ امْرَأَتِهِ لَهُ، بَعْدَ شَكْوَاها، بِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الشُّبُهاتِ تُسْقِطُ الحُدُودَ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ رَوَى هَذَا الخَبَرَ، ابْنُ جُريجٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ.

ورواهُ أَيْضاً مَعمرٌ، عَنْ قَتَادَةَ، وَقَالَ فِيهِ: فَلَمَّا سَمِعَتِ المَرْأَةُ ذَلِكَ، قَالَتْ صَدقَ، قَدْ كُنْتُ وَهَبْتُها لَهُ، وَلَكِنْ حَمَلَتْنِي الغِيرَةُ، فَجَلَدَها عُمَرُ حَدَّ القَذْفِ ثَمَانِينَ، وَخَلَّى سَبِيلَهُ.

وَهذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ حَدَّ القَذْفِ، أَوْكَدُ مِنْ حَدِّ الزِّنَى، ألا ترى أَنَّ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ القَتْلُ، [وَوَجَبَتْ] عَلَيْهِ حُدُودٌ، أَنَّهُ لا يُقام عَلَيْهِ مَعَ القَتْلِ إلا حدُّ [القَذْفِ]، فَإِنَّهُ يُجْلَدُ لِلْقَذْفِ، ثُمَّ يقتلُ، عِنْدَ مَالِكٍ، وَكَثِيرٍ مِنَ العُلَمَاءِ.

---

(١) لفظ الحديث عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قلنا: بلى يا رسول الله. قال: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وكان متكئاً فجلس فقال: ألا وقول الزور وشهادة الزور، ألا وقول الزور وشهادة الزور. فما زال يقوله حتى قلت: لا يسكت.

أخرجه البخاري في الأدب باب ٦، والاستئذان باب ٣٥، والأيمان باب ١٦، والاستتابة باب ١، والديات باب ٢، والشهادات باب ١٠، ومسلم في الإيمان حديث ١٤٣، ١٤٤، وأبو داود في الوصايا باب ١٠، والترمذي في البر باب ٤، والبيوع باب ٣، والشهادات باب ٣، وتفسير سورة ٤، باب ٤، ٥، ٦، ٧، والنسائي في التحريم باب ٣، والقسامة باب ٤٩، والدارمي في الديات باب ٩، وأحمد في المسند ٢/ ٢٠١، ٢٠٣، ٢١٤، ٣/ ١٣١، ١٣٤، ٤٩٥، ٥/ ٣٦، ٣٨.

١٥٤٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٠، من كتاب الحدود، باب ٦ (ما لا حد فيه).

وَالَّذِي خَرجَ بِجَارِيَةِ امْرَأتِهِ مَعَهُ فِي السَّفَرِ، هُوَ هِلالُ بْنُ يسافِ الأَنْصارِيُّ، وَامْرَأتُهُ الَّتِي شَكَتْ بِهِ أُمُّ كُلْثُوم؛ بِنْتُ أَبِي بَكْرِ الصِّدِّيقِ، أُمُّها حبيبةُ بِنْتُ خَارِجَةَ بِنْتِ زَيْدِ بْنِ أَبِي زُهَيْرٍ، وَذَلِكَ مَوْجُودٌ فِي بَابِ: الرَّجُلُ يُصِيبُ وَلِيدَةَ امْرَأتِهِ، فِي كِتَابِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ.

وَقَدْ رُوِيَ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَر، مِثْلُ مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ، فِي الَّذِي يَقَعُ عَلَى جَارِيَةِ امْرَأتِهِ، أَنَّ حَدَّهُ الرَّجْمُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ، أَنَّهُ دَرَأَ عَنْهُ الحَدَّ، وَهَذَا مَعْنَاهُ إِنْ كَانَ جَاهِلاً بِتَحْرِيمِ ذَلِكَ عَلَيْه، لَو صَحَّ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ عَنْهُ.

وَذَكَر عَبْدُ الرزَّاقِ[١]، وَغَيْرُهُ، عَنِ الثَّوْرِيِّ، عَنْ سَلَمَةَ بْنِ كهيلٍ، عَنْ حَجية بْنِ عديٍّ، أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إلى عَلِيٍّ؛ فَقَالَ: إِنَّ زَوْجها، وَقَعَ عَلَى جَارِيَتِها، فَقَالَ: إِنْ تَكُونِي صَادِقَةً، رَجَمْتُهُ، وَإِنْ تَكُونِي كَاذِبَةً، جَلَدْتُكِ ثَمانِينَ، قَالَتْ: يَا وَيْلَها غيرى نفرة.

وَذَكَرَ وَكِيعٌ، عَنْ إِسْماعِيلَ بْنِ أَبِي خَالِدٍ، عَنْ مدركِ بْنِ عمارةَ، قَالَ: جَاءَتِ امْرَأَةٌ إِلى عَلِيٍّ، فَقَالَتْ: يَا وَيْلَها، إِنَّ زَوْجَها، وَقَعَ عَلَى جَارِيَتِها، فَقَالَ: إِنْ كُنْتِ صَادِقَةً، رَجَمْنَاهُ، وَإِنْ كُنْتِ كَاذِبَةً، جَلَدْنَاكِ.

وَقدْ رُوِيَ مِثْلُ هَذَا، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، مِنْ حَدِيثِ النُّعْمانِ بْنِ بَشِيرٍ[٢].

وَرَوى الأَعْمشُ، وَمَنْصُورٌ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ عَلْقَمةَ، قَالَ: مَا أُبَالِي وَقَعتُ عَلَى جَارِيَةِ امْرَأتِي، أو وَقَعْتُ عَلَى جَارِيَةِ عَوْسَجَةَ؛ رَجُلٌ مِنَ النَّخع.

وَذَكَر أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ إِدْرِيس، عَنْ هِشَام، عَنِ الحَسَنِ، وابْنِ سِيرينَ، أَنَّهُما كَانَا إِذَا سُئِلا عَنِ الرَّجُلِ يَقَعُ عَلَى جَارِيَةِ امْرَأتِهِ، يَتْلُوَانِ هَذِهِ الآيَةَ: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ إِلى قَوْلِهِ: ﴿الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٧].

قَالَ: وَحدَّثني يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، قَالَ: أَخْبَرنَا سَعِيدُ بْنُ أَبِي عرُوبةَ، عَنْ إِيَاسِ بْنِ مُعَاوِيَةَ، عَنْ نَافعٍ، قَالَ: جَاءَتْ جَارِيَةٌ إِلى عُمَرَ، فَقَالَتْ: يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ، إِنَّ المُغِيرَةَ ـ تَعْنِي ابْنَ شُعْبَةَ ـ يَطَؤُنِي، وَإِنَّ امْرَأتَهُ تَدْعُونِي زَانِيةً، فَإِنْ كُنْتُ لَها، فَانَهُ عَنْ غَشَيَانِي، وَإِنْ كُنْتُ لَهُ، فَإِنهُ امْرَأتَهُ عَنْ قَذْفِي، فَأَرْسَلَ إِلى المُغِيرَةِ، فَقَالَ: تَطَأُ هَذِهِ الجَارِيَةَ؟

---

(١) المصنف: ٧/ ٣٠٠.

(٢) لفظ حديث النعمان بن بشير عن رسول الله ﷺ في الرجل يأتي جارية امرأته، قال: إن كانت أحلّتها له جلد مائة، وإن لم تكن أحلّتها له رجمته.
أخرجه أبو داود في الحدود باب ٢٧، والترمذي في الحدود باب ٢١، والنسائي في النكاح باب ٧٠، وابن ماجه في الحدود باب ٨، والدارمي في الحدود باب ٢٠.

قَالَ: نَعَمْ، قَالَ مِنْ أَيْنَ؟ قَالَ: وَهَبَتْها لِي امْرَأتِي، [قَالَ: وَاللَّهِ] لَئِنْ لَمْ تَكُنْ وَهَبَتْها لَكَ، لا تَرْجعُ إِلى أَهْلِكَ إلا مَرْجُوماً، ثُمَّ دَعَا رَجلٌ رَقِيقَيْنِ، فَقَالَ: انْطَلِقَا إِلى امْرَأَةِ المُغِيرَةِ، فَأَعْلِمَاهَا لَئِنْ لَمْ تَكُونِي وَهَبْتِها لَهُ لَنَرْجُمَنَّهُ، قَالَ: فَأَتَيَاهَا، فَأَخْبَرَاها، فَقَالَتْ يَا لَهْفَاهُ! أَتُرِيدُ أَنْ تَرْجمَ بَعْلِي، لاها اللَّهُ، إِذاً لَقَدْ وَهَبْتُها لَهُ، فَخَلَّى عَنْهُ.

وَقَالَ عَطاءٌ: هُوَ زَانٍ، وَلا حَدَّ عَلَى مَنْ قَذَفَهُ بِالزِّنَى.

وَقَال قَتادَةُ: [يُرْجَمُ]، فَإِنَّهُ زَانٍ.

قال أبو عمر: كَانَ ابْنُ مسْعُودٍ، لا يَرى عَلَيْهِ حَدّاً، رُوِيَ ذَلِكَ عَنْهُ مِنْ وُجُوهٍ، وَيحْتمِلُ أَنْ يَكُونَ عُذْرُهُ بِالجَهَالَةِ، وَيظنُّها أنَّها تَحلُّ لَهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

ذَكَرَ وَكِيعٌ، عَنْ زَكريَّا، وَإِسْمَاعِيلَ، عَنِ الشَّعبيِّ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلى عَبْدِ اللَّهِ، فَقالَ: إِنِّي قَدْ وَقَعْتُ عَلَى جَارِيَةِ امْرَأتِي، قَالَ: اتَّقِ اللَّهَ، وَلا تَعُدْ، ثُمَّ قَالَ: لا جَلْدَ، وَلا رَجْمَ.

وَرَوى سُفْيانُ، عَنْ مَنْصُورٍ، عَنْ رَبْعيٍّ، عَنْ عُقْبَةَ [بْنِ حيان] عَنْ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: لا حَدَّ عَلَيْهِ.

وَكانَ إِبْرَاهِيمُ النخعيُّ يَقُولُ: يُعَزَّرُ، وَلا حَدَّ عَلَيْهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ، أَنَّهُ ضَرَبَهُ دُونَ الحَدِّ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، أَنَّهُ ضَرَبَهُ مِائَةَ جَلْدَةٍ.

وَرَواهُ مَعمرٌ، وابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنِ القَاسِمِ بْنِ مُحمَّدٍ.

وَقَالَ ابْنُ عُيَيْنَةَ فِيهِ: عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنِ القَاسِمِ، عَنْ عُبَيْدِ بْنِ عُمَيْرٍ، عَنْ عُمَرَ.

وَرَواهُ مَعمرٌ، عَنْ سَماكِ بْنِ الفَضْلِ، عنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ سَلْمانَ، [عَنْ عُمَرَ].

وَبِهِ قَالَ ابْنُ شِهابٍ الزُّهريُّ، وَأَبُو عُمَرَ، والأوْزَاعِيُّ، أَنَّهُ يُجْلَدُ مائةً وَإِنْ كَانَ مُحصناً، وَذَلِكَ أَدْنَى الحَدَّيْنِ.

فَهذا قَوْلٌ ثَالِثٌ.

وَفِي المَسْأَلَةِ قَوْلٌ رَابعٌ؛ رُوِيَ مِنْ وُجُوهٍ ثَابِتَةٍ، عَنِ الحَسَنِ، عَنْ قبيصَةَ بْنِ حُريث، عَنْ سَلَمَةَ بْنِ المحبَّق قَالَ: قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فِي رَجُلٍ وَطِىءَ جَارِيَةَ امْرَأَتِهِ، إِنْ كَانَ استَكْرَهَها، فَهِيَ حُرَّةٌ، وَعَلَيْهِ مِثْلُها لِسَيِّدَتِها، وَإِنْ كَانَتْ طَاوَعَتْهُ، فَهِيَ لَهُ، وَعَلَيهِ لِسَيِّدَتِها مِثْلُها[1].

---

(١) أخرجه البخاري في الإكراه باب ٦، وأبو داود في الحدود باب ٢٧، والنسائي في النكاح باب ٧٠، وأحمد في المسند ٥/ ٦.

وَهَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ، رَواهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ، قَالَ: سَمِعْتُ الحَسَنَ البَصْرِيَّ، يُحَدِّثُ عَنْ قبيصةَ بْنِ حُريث، عَنْ سَلَمَةَ بْنِ المحبَّق، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَإِسْحاقُ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ.

ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ القَطَّانَ، عَنْ سُفْيانَ، عَنِ الشَّيْبانِيِّ، عَنِ الشعبيِّ، عَنْ عَامِرِ بْنِ مطر، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ، فِي الرَّجُلِ يَقَعُ عَلَى جَارِيَةِ امْرَأَتِهِ، قَالَ: إن اسْتَكْرَهَها، فَهِي حُرَّةٌ، وَعَلَيْه مِثْلُها، وَإِنْ كَانَتْ طَاوَعَتْهُ، فَهِيَ لَهُ، وَعَلَيْهِ مِثْلُها لِسَيِّدَتِها.

٧ ـ باب ما يجب فيه القطع

١٥٤٤ ـ مَالِكٌ عَنْ نَافع، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَطَعَ فِي مِجَنٍّ(١) ثَمَنُهُ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ.

١٥٤٥ ـ مَالِكٌ، عَنْ عَبْد اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ بْنِ أَبِي حُسَيْنٍ الْمَكِّيِّ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا قَطعَ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ، وَلا فِي حَرِيسَةِ جَبَلٍ(٢) فَإِذَا آوَاهُ الْمُرَاحُ(٣) أَو الْجَرِينُ(٤) فَالقَطْعُ فِيمَا يَبْلُغُ ثَمَنَ الْمِجَنِّ».

١٥٤٦ ـ مَالِكٌ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ

١٥٤٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢١، من كتاب الحدود، باب ٧ (ما يجب فيه القطع)، وقد أخرجه البخاري في الحدود، باب ١٣ (قول الله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾) حديث ٦٧٩٥، ومسلم في الحدود باب ١ (حد السرقة ونصابها) حديث ٦، وأبو داود في الحدود حديث ٤٣٨٥، ٤٣٨٦، والترمذي في الحدود حديث ١٤٤٦، والنسائي في قطع السارق، حديث ٤٩٠٤، ٤٩٠٦، ٤٩٠٧، ٤٩٠٨، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٨٤، والدارمي في الحدود حديث ٢٣٠١، وأحمد في المسند ٢/ ٦٤.

(١) مجنّ: من الاجتنان، وهو الاستتار والاختفاء.

١٥٤٥ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٢، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه موصولاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، النّسائي في قطع السارق، باب ١١ (الثمر المعلق يسرق)، وباب ١٢ (الثمر يسرق يعد أن يؤويه الجرين).

(٢) حريسة الجبل: قال ابن الأثير الجزري في النهاية في غريب الحديث: أي ليس فيما يحرس بالجبل، إذا سرق، قطع، لأنه ليس بحرز، وحريسة فعلية بمعنى مفعولة، أي أن لها من يحرسها ويحفظها. ومنهم من يجعل الحريسة السرقة نفسها، أي ليس فيما يسرق من الماشية بالجبل، قطع.

(٣) المراح: موضع مبيت الغنم.

(٤) الجرين: موضع يجفف فيه الثمار، والجمع جُرُن.

١٥٤٦ ـ الحديث في الموطأ: برقم ٢٣، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه أحمد في المسند ٤/ ٣٩٧، والبيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٦٠.

الرَّحْمنِ؛ أَنَّ سَارِقاً سَرَقَ فِي زَمَانِ عُثْمانَ أُتْرجَّةً، فَأَمَرَ بِها عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ أَنْ تَقَوَّمَ، فَقُوِّمَتْ بِثَلاثَةِ دَرَاهِمَ، منْ صَرْفِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَماً بِدِينَارٍ، فَقَطَعَ عُثْمَانُ يَدَهُ.

١٥٤٧ ـ مَالِكٌ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ؛ أَنَّهَا قَالَتْ: مَا طَالَ عَلَيَّ وَمَا نَسِيتُ: «القَطْعُ في رُبُعِ دِينَارٍ فَصَاعِداً».

وَقَالَ مَالِكٌ[١]: أَحَبُّ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ إِليَّ، ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ، وَإِنِ ارْتَفَعَ الصَّرْفُ أَو اتضعَ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قَطَعَ فِي مِجَنٍّ قِيمَتُهُ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ، وَأَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَطَعَ فِي أُتْرُجَّةٍ قُوِّمَتْ بِثَلاثَةِ دَرَاهِمَ. وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِليَّ في ذَلِكَ.

قال أبو عمر: أَدْخَلَ مَالِكٌ، رَحِمَهُ اللَّهُ، فِي أَوَّلِ هذا البابِ الحَدِيثَ المُسْنَدَ الصَّحِيحَ الإِسْنَادِ؛ حَدِيثَ ابْنِ عُمَرَ، وَهَذَا أَثْبَتُ مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، فِي مَعْنَاهُ، وَهُوَ يُوجِبُ القَطْعَ، فِي كُلِّ عَرَضٍ مَسْرُوقٍ يَبْلغُ ثَمَنُهُ ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ.

وَأَرْدَفَهُ بِالحَدِيثِ المُرْسَلِ، وَمَرَاسِيلُ الثقاتِ عِنْدَهمْ صِحَاحٌ، يَجِبُ العَمَلُ بِها، وَهُوَ [مَعَ هذَا] يسْتَنِدُ مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعيبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ جَدِّهِ، رواهُ الثِّقَاتُ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ؛ مِنْهُم: عَمْرُو بْنُ الحَارِثِ، وَهِشَامُ بْنِ سَعْدٍ، وَمُحمدُ بْنُ إِسْحاقَ.

حَدَّثني سَعِيدُ بْنُ نَصْرٍ، قَالَ: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أُصْبغ، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ وَضَّاحٍ، قَالَ: حدَّثني أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ إِدْرِيس، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ ابْنُ إِسْحاقَ، قَالَ: وَحَدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيانَ وَاللَّفْظُ لِحَدِيثِهِ، قَالَ: وَحدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبَغ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ وَضَّاحٍ، قَالَ: حدَّثني سحْنُونُ، قَالَ: حَدَّثني ابْنُ وَهْبٍ، قَالَ: أَخْبَرَنِي هِشَامُ بْنُ سَعْدٍ، وَعَمْرو بْنُ الحَارِثِ، ثُمَّ اتَّفَقَا عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، أَنَّهُ قَالَ: «لا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ، وَلا فِي حريسَةِ جَبَلٍ، فَإِذَا أَوَاهُ المُرَاحُ وَالجَرِينُ، فَالقَطْعُ فِيما بَلَغَ ثَمَنَ المِجَنِّ»[٢].

١٥٤٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٤، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البخاري في الحدود، باب ١٣، (قول الله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾) حديث ٦٧٩١، ومسلم في الحدود، باب ١ (حد السرقة ونصابها) حديث ١ ـ ٤، وأبو داود في الحدود حديث ٤٣٨٣، ٤٣٨٤، والترمذي في الحدود حديث ١٤٤٥، والنسائي في قطع السارق حديث ٤٩١٢ ـ ٤٩٣٣ ـ ٤٩٣٧ ـ ٤٩٣٨، ٤٩٣٩، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٨٥، والدارمي في الحدود حديث ٢٣٠٠، وأحمد في المسند ٦/ ٨٠، ٨١، ٢٤٩، ٢٥٢.

(١) الموطأ، صفحة ٨٣٣.

(٢) أخرجه أبو داود في الحدود باب ١٣، واللقطة، حديث ٤٣٩٠، والنسائي في السارق باب ١١، ١٢.

قال أبو عمر: كَأَنَّ مَالِكاً، رَحمهُ اللَّهُ، إِنَّمَا أَرَادَ بِإِدْخَالِهِ هَذَا الحَدِيثَ بِإِثْرِ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ، البَيَانَ أَنَّ المِجَنَّ المَذْكُورَ فِيهِ، هُوَ الَّذِي رَوى ابْنُ عُمَرُ، أَنَّ ثَمَنَهُ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ، رَدّاً عَلَى الكُوفِيِّينَ، الَّذِينَ يَرْوونَ أَنَّ ثَمَنَ المِجنِّ الَّذِي قَطعَ فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، كَانَ عَشرةَ دَرَاهِمَ، ثُمَّ أَرْدَفَهُ بِحَدِيث عُثمانَ، رضي الله عنه، أَنَّهُ قَطعَ فِي ثَمَنِ أُتْرُجَّةٍ قُوِّمَتْ بِثَلاثَةِ دَرَاهِمَ مِنْ صَرْفِ اثْنَي عَشَرَ دِرْهَماً؛ يَعنِي بِدِينَارٍ، ثُمَّ أَرْدَفَ ذَلِكَ بِحَدِيثِ عَائِشَةَ؛ قَولها: «مَا طَالَ عَلَيَّ، وَمَا نَسِيتُ»، والقَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصاعِداً تُرِيدُ ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ مِنَ الصَّرْفِ المَذْكُورِ، ثُمَّ اخْتارَ القَطْعَ، فِيمَا بَلَغَ ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ، وَاسْتَحبَّهُ دُونَ مُراعَاةِ رُبْعِ دِينَارٍ ذَهَباً، فِي تَقْوِيم العُرُوضِ المَسْرُوقَةِ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، ثُمَّ عُثْمانَ بَعْدَهُ، إِنَّما قَوَّمَ المِجَنَّ، وَالأُتْرُجَّةَ بِالثَّلاثَةِ دَرَاهِمَ، لا بِرُبْعِ دِينَارٍ ذَهَباً.

وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِهِ، أَنَّهُ لا يردُّ الذَّهَبُ إِلى الفِضَّةِ بِالقِيمَةِ، وَلا تُردُّ الفِضَّةُ إِلى الذَّهَبِ بِالقِيمَةِ، وَمَنْ سَرقَ مِنَ الذَّهَبِ، رُبْعَ دِينَارٍ فَصاعِداً، فَعَلَيْهِ القَطْعُ، وَمَنْ سَرَقَ مِنَ [الفِضَّة] ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِداً، فَعَلَيْهِ القَطْعُ وَلَو سَرَقَ السَّارِقُ دِرْهَمَيْنِ؛ صَرْفُهُما رُبْعُ دِينَارٍ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قَطْعٌ، وَمَنْ سَرقَ مَا عَدَاهُما مِنَ العُرُوضِ كُلِّها، قُوِّمَتْ سَرِقَتُهُ بِالثَّلاثَةِ دَرَاهِمَ، لا بِرُبْعِ دِينَارٍ، ارْتَفعَ الصَّرْفُ بِذَلِكَ أَو انْخفَضَ.

وَبِهذَا كُلِّهِ قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حنبَلٍ، إلا أَنَّ أَحْمَدُ يَقُولُ: مَنْ سَرَقَ مِنَ العُرُوض مَا يَبْلُغُ ثَمَنُهُ ثلاثة دراهِمَ، أَو رُبْعِ دِينَارٍ، قُطِعَ، وَلا يقطعُ فِي الدَّرَاهِمِ، حَتَّى تَكُونَ ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ، [وَلا فِي الذَّهَبِ، حَتَّى يَكُونَ] رُبْعَ دِينَارٍ.

وَهُوَ قَوْلُ إِسْحَاقَ، فِي رِوَايَةٍ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ، رَحمهُ اللَّهُ، فَإِنَّما عزلَ، وَاحْتَملَ عَلى حَدِيثِ عَائِشَةَ، فِي رُبْعِ دِينَارٍ مِنَ الوَرِقِ، لا يُسَاوِي رُبْعَ دِينارٍ ذَهَباً، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ القَطْعُ؛ لأَنَّ الثَلاثَةَ دَراهِمَ، إِنَّما ذُكِرَتْ فِي الحَدِيث؛ لأَنَّها كَانَتْ يَوْمَئِذٍ، رُبْعَ دِينَار ذَهَباً. وَذَلِكَ بَيِّنٌ فِي حَدِيثِ عُثْمانَ، فِي الأُتْرُجَّةِ؛ إِذْ قَالَ: مَنْ صَرفَ اثْنَي عَشَرَ دِرْهَماً، وَمَنْ سَرَقَ شَيْئاً مِنَ العُرُوضِ كُلِّها، عَلَى اخْتِلافِ أَجْنَاسِها، لَمْ تُقَوَّمْ سَرِقَتُهُ، إلا بِرُبْعِ دِينارٍ ذَهَباً، ارْتَفعَ الصَّرْفُ أَو انْخفَضَ، إلا بِالثَّلاثَةِ الدَّرَاهِمِ.

وَحُجَّتُهُ فِي ذَلِكَ، قَوْلُ عَائِشَةَ: مَا طَالع عَلَيَّ، وَما نَسِيتُ: «القَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِداً». وَذَلِكَ [عَنِ] النَّبِيِّ ﷺ مِنْ رِوَايَةِ الثِّقَاتِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ إِسْحاقَ مِثْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ، وَدَاوُدَ [كُلُّهُمْ يقدِّروا بِدِينَارٍ فِي تَقْوِيم العُرُوضِ المَسْرُوقَةِ، وَفِي الصَّرْفِ أَيْضاً، ارْتَفَعَ الصَّرْفُ أو اتَّضعَ.

وَقَوْلُ [. . . . .][1] كالشَّافِعِيِّ سَوَاء.

وَالحُجَّةُ للشَّافِعِيِّ وأَبِي ثَوْرٍ دَاوُدَا] وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِمْ، مَا حدَّثناه سَعِيدُ بْنُ نَصْرٍ، وَعَبْدُ الوَارِثِ، قَالا: حدَّثني قَاسِمُ بْنُ أصبغ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ وَضَّاحٍ، قَالَ: حدَّثني أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ كَثِيرٍ، وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ سَعْدٍ، قَالا جَمِيعاً: أَخْبَرنا الزُّهريُّ، عَن عَمْرَةَ، عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، قَالَ: «القَطْعُ فِي رُبْعِ دِينارٍ فَصَاعِداً»[2].

وَحَدَّثَانِي، قَالا: حَدَّثني: قَاسِمُ بْنُ أَصبغ، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، قَالَ: حدَّثني الحُمَيْدِيُّ، قَالَ: حدَّثني سُلَيْمانُ، قَالَ: حَدَّثني أَرْبَعَةٌ عَن عَمْرَةَ، عَنْ عَائِشَةَ، لَمْ يَرْفَعُوهُ؛ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ، وَرُزَيقُ بْنُ حكيم، وَيَحْيى، وَعَبْدُ رَبِّهِ ابْنا سَعِيدٍ، إلا أنَّ فِي حَدِيثِ يَحْيَى، مَا دَلَّ عَلَى أَنَّ الرَّفْعَ قولها: مَا طَالَ عَلَيَّ وَما نَسِيتُ: «القَطْعُ فِي رُبْعِ دِينارٍ فَصَاعِداً»[3].

قَالَ: وَحَدَّثني الزُّهريُّ، وكَانَ أَحْفَظَهُم، قَالَ: حدَّثَنِي عَمْرةُ، عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّها سَمِعَها تَقُولُ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَقْطَعُ فِي رُبْعِ دِينارٍ فَصَاعِداً، فَرَفَعَهُ الزُّهْرِيُّ، وَهُوَ أَحْفَظُهُمْ.

وَهَذَا كُلُّهُ كَلامُ ابْنِ عُيَيْنَةَ.

وَكَذَلِكَ رَوَاهُ مَعمرٌ، وَسَائِرُ أَصْحابِ الزُّهْرِيِّ، عَنْهُ، عَنْ عَمْرَةَ، عَنْ عَائِشَةَ، مَرْفُوعاً.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعمرٍ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ عَمْرةَ، عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، قَالَ: «تُقْطَعُ اليَدُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِداً».

وَرَوَاهُ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، عَنِ ابْنِ الهَادِي، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحمد بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عَمْرَةَ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، يَقُولُ: «لا تُقْطَعُ يَدُ السَّارِقِ، إلا فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِداً».

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه البخاري في الحدود باب ١٣، بلفظ: عن عائشة قالت: قال النبي ﷺ: تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً.

وأخرجه أيضاً، مسلم في الحدود حديث ١، ٢، ٤، وأبو داود في الحدود باب ١٢، والترمذي في الحدود باب ١٦، والنسائي في السارق باب ٩، ١٠، وابن ماجه في الحدود باب ٢٢، والدارمي في الحدود باب ٤، وأحمد في المسند ٦/ ٣٦، ١٠٤، ١٦٣.

(٣) انظر الحاشية السابقة.

قال أبو عمر: حَدِيثُ ابْنِ شِهَابِ الزهريِّ، وَأَبي بَكْرِ بْنِ مُحمدٍ، عَنْ عَمْرَة، عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، أَصَحُّ مَا فِي هَذَا البَابِ.

وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْد العَزِيز، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، وَالأَوْزاعِيُّ، وَالشَّافِعِيُّ وَأَصْحَابُهُ.

وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَبو ثَوْرٍ، وَدَاوُدُ.

وَقَالَ دَاوُدُ: لَيْسَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ [لأنَّ الثَّلاثَةَ دَرَاهِمَ، كَانَتْ رُبْعَ دِينارٍ.

قَالَ: وَلَو خَالَفَ ابْن عُمَرَ] لِحَدِيثِ عَائِشَةَ؛ لأَنَّها حَكَتْهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، وَابْنُ عُمَرَ إِنَّما أخبر أَنَّ قِيمَةَ المِجَنِّ، كَانَتْ ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ، وَلَمْ يَذْكُرْ ذَلِكَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَرُوِيَ مِثْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ، فِي هَذَا البَابِ، عَنْ عُمَرَ، وَعُثْمانَ، وَعَلِيٍّ، رضي الله عنهم، وَهِيَ مُنْقَطِعَةٌ، وَأَحْسَنُها حَدِيثُ عَلِيٍّ.

حَدَّثناهُ عَبْدُ الوَارِثِ، قَالَ: حَدَّثني قَاسِمٌ، قَالَ: حَدَّثني مُحمدُ بْنُ عَبْدِ السَّلامِ، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ بَشارٍ، قَالَ: حدَّثني يَحْيى بْنُ سَعِيدٍ، عَنْ جَعْفرِ بْنِ محمّدٍ عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ عَلِيّاً، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَطَعَ فِي رُبْعِ دينَارٍ، دِرْهَمَيْنِ وَنِصْفٍ.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حَدَّثني عَبْدُ الرَّحمن، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحمدٍ، قَالَ: أُتِيَ عُثْمَانُ، رضي الله عَنْهُ، فِي رَجُلٍ سَرَقَ أُتْرُجَّةً، [فَقَوَّمَها بِرُبْعِ دِينارٍ]، فَقَطَعَ يَدَهُ.

قال أبو عمر: فَهَذانِ القَوْلانِ [لِفُقَهاءِ الحِجَاز] ـ ومَنْ قَالَ بِقَوْلِهِمْ ـ مُتَقَارِبَانِ فِي وَجْهٍ، مُخْتَلِفَانِ فِي آخَرَ.

وَأَمَّا فُقهاءُ العِرَاقِ، فَلا يَرَوْنَ قَطْعَ يَدِ السَّارِقِ، فِي أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ، إلا أَنَّ مِنْهُم مَنْ يُرَاعِيها دُونَ مُرَاعَاةِ دِينارٍ.

وَمِنْهُم مَنْ يَقُولُ بِقَطْعِ اليَدِ، فِي دِينَارٍ، أَو فِي عَشْرةِ دَرَاهِمَ.

فَالدِّينَارُ عِنْدَهُم عَشْرَةُ دَرَاهِمَ، على مَا قَوَّمَ بِهِ عُمَرُ الدِّينَارَ، فِي الدِّيَةِ، فَجَعَلَها فِي روايته، أَلْفَ دِينَارٍ، أَو عَشرةَ آلافِ دِرْهَمٍ.

وَرُوِي عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، أَنَّهُما قَالا: تُقْطَعُ اليَدُ فِي أَقَلَّ مِنْ دِينَارٍ، أَو عَشْرةِ دَرَاهِمَ.

وَرَوى وَكِيعٌ، عَنْ حَمْزَةَ الزَّياتِ، عَنِ الحَكَمِ، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ، قَالَ: قِيمَةُ المِجَنِّ الَّذِي قُطِعَتْ فِيهِ اليَدُ دِينَارٌ.

وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ النَّخعيُّ: لا تُقْطَعُ اليَدُ، إلا فِي دِينارٍ أَو قِيمتِهِ.

وأَمَّا سُفْيانُ الثَّوريُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ، وَزُفَرُ، فَقَالُوا: لا تُقْطَعُ اليَدُ، إلا فِي عَشْرَةِ دَرَاهِمَ.

وَهَذَا قَولُ عَطَاءٍ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ: لا يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَ مِثْقالاً مِنْ ذَهَبٍ، حَتَّى يَكُونَ المِثْقَالُ يُسَاوِي عَشرةَ دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةً، فَصَاعِداً، ولا يُقْطَعُ مَنْ سَرسَقَ نفراً مِنْ فِضَّةٍ وَزْنُها عَشَرَةُ [دراهم] مَضْرُوبة]، وَلا يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَ عَشرةَ دَرَاهِمَ زَائِفَةً، أَو مُبَهرجَة، إِذَا كَانَتْ لا تُسَاوِي عَشرةَ دَرَاهِمَ بيضاً.

فَالحُجَّةُ لِمَنْ قَالَ: إنَّ اليَدَ لا تُقْطَعُ إلا فِي عَشرةِ دَرَاهِمَ، وَأَنَّ المِجَنَّ الَّذِي قَطَعَ فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، كَانَ ثَمَنُهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ.

مَا حَدَّثناهُ عَبْدُ الوَارِثِ. [قَالَ: حدَّثني قَاسِمٌ]، قَالَ: حدَّثني مُحمدٌ، قَالَ: حدَّثني أَبُو بَكْرٍ، قَالَ حَدَّثني ابْنُ نميرٍ، وَعَبدُ الأَعْلَى، قَالا: حَدَّثني مُحمدُ بْنُ إِسْحَاقَ، عَنْ أَيُّوبَ بْنِ مُوسى، عَنْ عَطَاءٍ، عَنِ ابْنَ عَبَّاسٍ، قَالَ: كَانَ ثَمَنُ المَجنِّ، عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، عَشْرَةَ دَرَاهِمَ.

[قَالَ أَبُو بَكْرٍ] قَالَ: وَحَدَّثني عَبْدُ الأَعْلَى عَنْ مُحمدِ بْنِ إِسْحاقَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جدِّهِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لا تُقْطَعُ يَدُ السَّارِقِ [فِي دُون] ثَمَنِ المِجَنِّ». قَالَ: وَكَانَ ثَمَنُ المِجَنِّ عَشرَةَ دَرَاهِمَ.

قَالَ: فَهَذَا ابْنُ عَبَّاسٍ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْن عَمْرِو بْنِ العَاصِ، قَدْ خَالَفا ابْنُ عُمَرَ فِي ثَمَنِ المِجَنِّ الَّذِي قَطَعَ [فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ]، يَدَ السَّارِق.

فَالوَاجِبُ أَنْ لا تُسْتَبَاحُ اليَدُ، إلا بِيَقِينٍ؛ لأَنَّ صَاحِبَ العَشَرةِ يجامعُه صَاحِبُ الثَّلاثِهِ، وَلَيْسَ صَاحِبُ العَشَرَةِ بجامعٍ لِصَاحِبِ الثَّلاثَةِ.

قال أبو عمر: قَدْ يَكُونُ ذَلِكَ أَمرَيْنِ فِي حَدَّيْنِ، إِذَا صَحَّ القَطْعُ فِي ثَلاثَةِ دَرَاهِمَ فَصَاعِداً، دَخَلَ فِيهِ العَشرَةُ، وَكُلُّ مَا زَادَ عَلَى الثَّلاثَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ كَيْفَ كَانَ ذَلِكَ، وَحَدِيثُ رُبْع دِينَارٍ أَوْلَى مَا قِيلَ، في هَذا البَابِ، وَاللَّهُ المُوفِّقُ للصَّوَابِ.

قال أبو عمر: مَنْ قَالَ: لا تُقْطَعُ اليَدُ، إلا فِي ثَلاثَةِ دَرَاهِمَ فَصَاعِداً، وَمَنْ قَالَ: فِي رُبْع دِينارٍ فَصَاعِداً، [أو مَنْ قَالَ: فِي دِينَارٍ]، أَو عَشرةِ دَرَاهِمَ فَصاعِداً؛ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم حَدِيثٌ [عَنِ النَّبِيِّ ﷺ] [يُحَدِّثُهُ]، ويسندُ إِلَيْهِ، وَيحتَجُّ بِهِ، وَيعْدلُ عَلَيْهِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُم سَلَفٌ مِنَ الصَّحَابَةِ، وَالتَّابِعِينَ.

وَفِي المَسْأَلَةِ أَقَاوِيلُ غَيْرُ هَذِهِ، لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْها حَدِيثٌ مُسْنَدٌ، إلا وَاحِدٌ

منها، وفيها أَحادِيثُ مُنْقَطِعَةٌ، لا تُثْبِتُ أَنَّ ثَمَنَ المِجَنِّ الَّذِي قَطَعَ فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، كَانَ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ.

وَقَدْ قَالَ بِأَنَّ اليَدَ لا تُقْطَعُ، إِلا فِي خَمْسَةِ دَرَاهِم فَصَاعِداً، جَمَاعَةٌ؛ مِنْهُم ابْنُ أَبِي لَيْلَى، وَابْنُ شبْرمَةَ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، وَسُلَيْمانَ بْنِ يَسارٍ.

ذَكَرَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حَدَّثني ابْنُ إِدْرِيس، عَنِ ابْنِ أَبِي عرُوبَةَ، وَإِسْماعيلُ عَنْ قَتَادَةَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، قَالَ: لا يُقْطَعُ الخَمْسُ، إلا فِي [خَمْسٍ].

قَالَ: وحدَّثني أَبُو دَاوُدَ، عَنْ هِشَامٍ، عَنْ قَتَادَةَ [عَنْ سُلَيْمانَ بْنِ يَسَارٍ، قَالَ: لا يُقْطَعُ الخَمْسُ إلا في خَمْسٍ.

وَقَدْ رَوى شُعْبَةُ، عَنْ قَتَادَةَ] عَنْ أَنَسٍ، قَالَ: قَطَعَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، رضي اللَّهُ عَنْهُ، فِي مِجَنٍّ، قِيمَتُهُ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ.

قال أبو عمر: هَذَا حَدِيثٌ رَوَاهُ الثَّورِيُّ، عَنْ شُعْبَةَ، وَلَيْسَ فِيهِ حُجَّةٌ، لأنَّ مَنْ رَأى القَطْعَ فِي ثَلاثَةِ دَرَاهِمَ، قَطَعَهَا فيما زَادَ، خَمسَةٍ، أَو غَيْرِ خَمْسَةٍ.

وَقَوْلٌ آخَرُ؛ أَنَّ اليَدَ لا تُقْطَعُ، إلا فِي أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ فَصَاعِداً.

رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي سَعِيدِ الخُدريِّ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ، مِنْ حَدِيثِ يَحْيَى القَطَّانِ، وَحَدِيثِ شُعْبَةَ أَيْضاً رَوَاهُ جَمِيعاً عَنْ دَاوُدَ بْنِ أصيبيح، أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا سَعِيدٍ، وَأَبَا هُرَيْرَةَ، يَقُولانِ: لا تُقْطَعُ اليَدُ، إلا فِي أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ فَصَاعِداً.

ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ، [قَالَ: حدَّثني غندرٌ]. وَذكرَهُ بنداذٌ، عَنْ يَحْيَى القَطَّان.

قَالَ أبو بَكْرٍ: وَحَدَّثني عَبْدُ الوَهابِ الثَّقفيُّ، عَنْ خَالِدٍ، عَنْ عِكْرِمَةَ، قَالَ: تُقْطَعُ اليَدُ فِي ثَمَنِ المِجَنِّ، قَالَ خَالِدٌ: قُلْتُ لَهُ: ذَكَرَ لَكَ ثَمَنَهُ؟ قَالَ: أَرْبَعَةٌ أَو خَمْسَةٌ.

وَقَالَ عُثْمانُ البتيُّ: تُقْطَعُ اليَدُ فِي دِرْهَمٍ.

وَرُوِيَ عَنِ الحَسَنِ البَصْرِيِّ، فِي هَذَا البَابِ رِوَايَاتٌ:

فَروى الأَشْعَثُ بْنُ عَبْدِ المَلكِ، أَنَّهُ قَالَ: مَا كُنْتُ لأنْ أَقْطَعَ اليَدَ فِي أَقَلَّ مِنْ خَمْسَةِ دَرَاهِمَ.

وَرَوَى مَنْصُورٌ عَنْهُ، أَنَّهُ كَانَ لا يُوَقِّتُ فِي السَّرِقَةِ شَيْئاً، وَيَتْلُو هَذِهِ الآيَةَ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨].

وَرَوَى قَتادَةُ عَنْهُ، أَنَّهُ قَالَ: تَذَاكَرْنا عَلَى عَهْدِ زِيَادٍ مَا تُقْطَعُ فِيهِ اليَدُ، فَأَجْمَعَ رَأْيُنا عَلَى دِرْهَمَيْنِ.

وَقَالَتِ الخَوارِجُ، وَطَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الكَلامِ: كُلُّ سَارِقٍ، بَالِغٍ، سَرَقَ مَا لَهُ قِيمَةٌ، قَلَّتْ أَو كَثُرَتْ، فَعَلَيْهِ القَطْعُ.

واحْتَجَّ بَعْضُ المُتَأَخِّرينَ مِمَّنْ ذَهبَ إلى هَذَا، مَا حدَّثناهُ سَعِيدٌ، وَعَبْدُ الوَارِثِ، قَالا: حَدَّثني قَاسِمٌ، قَالَ: حدَّثني مُحمدٌ، قَالَ: حدَّثني أبو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثني أَبُو مُعَاوِيَةَ، عَنِ الأَعْمَشِ، [عَنْ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ، يَسْرِقُ البَيْضَةَ، فَتُقْطَعُ يَدُهُ، وَيسْرِقُ الحَبْلَ، فَتُقْطَعُ يَدُهُ»[1].

وَهَذَا حَدِيثٌ شَاذٌ، وَيحتملُ أَنْ يَكُونَ مَعْناهُ القَلِيلَ؛ لأَنَّ مِقْدَارَ مَا تُقْطَعُ فِيهِ يَدُ السَّارِقِ فِي جِنَايَةِ يَدِهِ، قَلِيلٌ.

وَقَدْ قِيلَ: إنَّ حَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ هَذَا كَانَ فِي حِين نُزُولِ الآيَةِ، ثُمَّ أَحْكَمَت الأمُورُ بَعْدُ؛ أَحْكَمَهَا اللَّهُ تَعالى، بِأَنْ سَنَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَبَيَّنَ مرَادَ اللَّهِ مِنْ كِتَابِهِ، فَقَالَ مَا رَوَاهُ الزُّهْرِيُّ، وَغَيْرُهُ، عَنْ عَمْرَة، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، يَقُولُ]: «لا قَطْعَ إلا فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِداً».

وَقَدْ قِيلَ: إنَّهُ أَرَادَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بِذِكْرِ البَيْضَةِ، فِي حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ، بَيْضَةَ الحَدِيدِ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ، وَالصَّوابُ مَا قَدَّمْتُ لَكَ وَاللَّهُ أَعلَمُ.

ذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني حَاتِمُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، قَالَ: حدَّثني جَعْفَرُ بْنُ مُحمدٍ عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ عَلِيّاً، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ قَطَعَ يَدَ سَارِقٍ، فِي بَيْضَةِ حَدِيدٍ ثمنُها رُبْعُ دِينَارٍ.

١٥٤٨ ـ قال أبو عمر: ذَكَر مَالِكٌ، فِي هَذَا البَاب حَدِيثَهُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ عَمْرَةَ، قَالَتْ: خَرجَتْ عَائِشَةُ إِلى مَكَّةَ، وَمَعَهَا مَوْلاتَانِ لها وَمَعَهُمَا غُلامٌ لبني عَبْد اللَّهِ بْن أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ فَبَعَثتْ مَعَ الْمَوْلاتَيْنِ بِبُرْدٍ مُرَجَّلٍ، قَدْ خِيطَ عَلَيْهِ خَرْقَةٌ خَضرَاءُ قَالَتْ: فَأَخَذَ الْغُلامُ الْبُرْدَ، فَفَتَقَ عَنْهُ فَاسْتَخْرَجَهُ، وجَعَلَ مَكانَهُ لِبْداً أَوْ فَرْوَةً، وَخَاطَ عَلَيْهِ، فَلَمَّا قَدِمَتِ الْمَوْلاتَانِ الْمَدِينَةَ دَفَعَتَا ذَلِكَ إِلى أَهْلِهِ، فَلَمَّا فَتَقُوا عَنْهُ وَجَدُوا فِيهِ اللِّبْدَ، وَلَمْ يَجِدُوا الْبُرْدَ، فَكَلَّمُوا الْمَرْأَتَيْنِ، فَكَلَّمَتَا عَائِشَةَ، زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ، أَو كَتَبَتَا إِلَيْهَا، واتَّهمتا الْعَبْدَ، فَسُئِلَ الْعَبْدُ عَنْ ذَلِكَ فَاعْتَرفَ، فَأَمَرَتْ بِهِ عَائِشَةُ، زَوْجُ النَّبِيِّ ﷺ فَقُطِعَتْ يَدُهُ، وَقَالَتْ عَائِشَةَ: القَطعُ فِي رُبعِ دِينَارٍ فَصَاعِداً.

---

(١) أخرجه البخاري في الحدود باب ٧، ١٣، ومسلم في الحدود باب ٧، والنسائي في السارق باب ١، وابن ماجه في الحدود باب ٢٢، وأحمد في المسند ٢/ ٢٥٣.

١٥٤٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٥، من الكتاب والباب السابقين.

وَلَيْسَ فِيهِ أَكْثَرُ مِنْ فتيَا عَائِشَةَ بِقَطْعِ [يَدِ] العَبْدِ السَّارِقِ، وَقَولها: القَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِداً.

وَسَيَأْتِي القَوْلُ فِي الحرْزِ، فِي مَوْضِعِهِ، مِنْ بَابِ: جَامعِ القَطْعِ. إنْ شَاءَ اللَّهُ عزَّ وجلَّ.

وَلَمْ يَخْتَلِف العُلماءُ فيمن أَخْرَج الشَّيْءَ المَسْرُوقَ مِنْ حرْزِهِ، سَارِقاً لَهُ، وَبَلَغَ المِقْدَارَ الَّذِي تُقْطَعُ فِيهِ يَدُهُ، أَنَّ عَلَيْهِ القَطْعُ؛ حُرّاً كَانَ أَو عَبْداً، ذَكَراً كَانَ أَو أُنْثَى، مُسْلِماً كَانَ أَو ذِمِّياً؛ لأنَّ العَبْدُ الآبقَ، إِذَا سَرَقَ، اخْتَلَفَ السَّلَفُ فِي قَطْعِهِ، وَلَمْ يَخْتَلِفْ [أَئِمَّةُ] فُقَهاءِ الأَمْصَارِ فِي ذَلِكَ. [وَالحَمْدُ لِلَّهِ].

٨ ـ باب ما جاء في قطع الآبق والسارق

١٥٤٩ ـ مَالِكٌ، عَنْ نَافعٍ؛ أَنَّ عَبْداً لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ سَرَقَ وَهُوَ آبِقٌ، فَأَرْسَلَ بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ إِلى سَعِيد بْنِ الْعَاصِ، وَهُوَ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ؛ لِيَقْطَعَ يَدَهُ، فَأَبى سَعِيدٌ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ، وَقَالَ: لا تُقْطَعُ يَدُ الآبِقِ السَّارِقِ إِذَا سَرَقَ، فقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: فِي أَيِّ كِتَابِ اللَّهِ وَجَدْتَ هَذَا؟ ثُمَّ أَمَرَ بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، فَقُطِعَتْ يَدُهُ.

قال أبو عمر: فِي هَذَا الخَبرِ لمذْهَبِ مَالِكٍ، فِي أَنَّ السَّيِّدَ لا يَقْطَعُ يَدَ عَبْدِهِ فِي السَّرِقَةِ، وَإِنْ كَانَ قَدِ اخْتلفَ عَنْهُ [فِي حَدِّه] فِي الزِّنَى، وَلَمْ يختلف عَنْهُ، أَنَّهُ لا يَقْطَعُ السَّيِّدُ عَبْدَهُ فِي السَّرِقَة؛ لأنَّ قَطعَ السَّارِقِ إِلى السُّلْطَانِ، فَلما لَمْ يَرض ابنُ عُمَرَ الحَدَّ يقامُ عَلَى يَدَي السُّلْطانِ، وَرآهُ حَدّاً مُعطَّلاً، [قَامَ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ].

وَقَدْ ذَكَرْنا اخْتِلافَ العُلماءِ، فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ فِيما مَضَى.

١٥٥٠ ـ مَالِكٌ، عَنْ زُرَيْقِ بْنِ حَكِيمٍ؛ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ، أَنَّهُ أَخَذَ عَبْداً آبِقاً قَدْ سَرَقَ، قَالَ فَأَشْكَلَ عَلَيَّ أَمْرُه، قَالَ فَكَتَبْتُ فِيهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، أَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ، وَهُوَ الْوَالِي يَوْمَئِذٍ، قَالَ فَأَخْبَرْتُهُ أَنَّنِي كُنْتُ أَسْمَعُ أَنَ الْعَبْدَ الآبِقَ إِذَا سَرَقَ وَهُوَ آبِقٌ لَمْ تُقْطَعْ يَدُهُ، قَالَ فَكَتَبَ إِليَّ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ نَقِيضَ كِتَابِي، يَقُولُ: كَتَبْتَ إِليَّ أَنَّكَ كُنْتَ تَسْمَعُ أَنَّ الْعَبْدَ الآبِقَ إِذَا سَرَقَ لَمْ تُقْطَعْ يَدُهُ. وَأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ﴾ [المائدة: ٣٨] فَإِنْ بَلَغَتْ سَرِقَتُهُ رُبُعَ دِينَارٍ فَصَاعِداً، فَاقْطَعْ يَدَهُ.

١٥٤٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٦، من كتاب الحدود، باب ٨ (ما جاء في قطع الآبق والسارق) وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٦٨.

١٥٥٠ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٧، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٦٨، وعبد الرزاق في المصنف ١٠/ ٢٤١.

قال أبو عمر: رُوِيَ هذَا الحَدِيثُ عَنْ زُرَيْقٍ، صَاحِبِ أيلة، كَمَا رَوَاهُ مَالِكٌ، وَإِنَّما أَشْكَلَ عَلَى زُرَيْقِ بْنِ حَكيم قَطْعُ يَدِ العَبد إِذَا سَرقَ؛ لِمَا سَمعَ فِيهِ مِنَ الاخْتِلافِ [وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ فَأَرادَ أَنْ يَقِفَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى رَأي أَمِينٍ في المسألة، وَلَمْ يَرَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ، الاخْتِلافَ] فِي ذَلِكَ شَيْئاً، إِذَا لَمْ تَكُنْ سُنَّة مِنَ النبيِّ ﷺ، فَبَيَّنَ فِيها مُرَادَ اللَّهِ؛ مِنْ تَخْصِيصِ [اللَّهِ] الآيةَ، فِي الإِباقِ مِنَ العَبِيدِ، كَمَا بَيَّنَهُما رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فِي المِقْدَارِ الَّذِي [يَجِبُ] فِيهِ القَطْعُ حَملَ الآيَةَ عَلَى ظَاهِرِها وَعُمُومِها.

وَهَذَا أَصْلٌ صَحِيحٌ، وَمَذْهَبٌ جَمِيلٌ.

١٥٥١ ـ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ؛ أَنَّ القَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ، وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ، وَعُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانُوا يَقُولُونَ: إِذَا سَرَقَ الْعَبْد الآبِقُ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، قُطعَ.

[قَالَ مَالكٌ: وَذَلِكَ الأَمْرُ الَّذِي لا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنَا، أَنَّ الْعَبْدَ الآبِقَ إِذَا سَرقَ مَا يَجِبُ فيهِ الْقَطْعُ قُطعَ].

قال أبو عمر: عَلَى هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَبي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِمْ، وَالثَّوْرِيِّ، وَالأَوْزَاعِيِّ، وَاللَّيثِ، وَأَحْمَدَ، وَإِسْحَاقَ، وَأَبي ثَوْرٍ، وَدَاوُدَ، وَجُمْهُورِ أَهْلِ العِلْمِ ـ اليومَ بِالأَمْصَارِ، وَإِنَّما وَقَعَ الاخْتِلافُ فِيهِ قَدِيماً ثُمَّ انْعَقَدَ الإجْماعُ بَعْدَ ذَلِكَ. والحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

وَمِنَ الاخْتِلافِ بَيْنَ السَّلَفِ؛ مَا رَوَاهُ مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، قَالَ: دَخَلْتُ عَلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، فَسَأَلَنِي: أَيُقْطَعُ العبدُ الآبِقُ إِذَا سَرقَ؟ قُلْتُ: لَمْ أَسْمَعْ فِيهِ بِشَيْءٍ: فَقَالَ لِي عُمَرُ: كَانَ عُثْمَانُ، وَمَروانُ، لا يَقْطعانِهِ.

قَالَ الزُّهرِيُّ: فَلَمَّا اسْتُخْلِفَ يَزِيدُ بْنُ عَبْدِ المَلكِ، رُفِعَ إِليه عَبْدٌ آبِقٌ سَرَق، فَسأَلَنِي عَنْهُ، فَأَخْبَرْتُهُ بِمَا أَخْبَرَنِي بِهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العزِيزِ، عَنْ عُثْمانَ، وَمَروانَ، فَقَالَ: أَسَمِعْتُ فِيهِ بِشَيْءٍ؟ قُلْتُ: لا، إلا مَا أَخْبَرَنِي بِهِ عُمَر، قَالَ: فَوَاللَّهِ لأَقْطَعَنَّهُ.

قَالَ الزُّهريُّ: فَحَجَجْتُ عامئذٍ فَلَقِيتُ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ فَسَأَلْتُهُ، فَأَخْبَرَنِي أَنَّ غُلاماً لِعَبدِ اللَّهِ بْن عُمَرَ، سَرَقَ [وَهُوَ] آبِقٌ، فَرَفَعَهُ [ابْنُ] عُمَرَ إِلى سَعِيدِ بْنِ العَاصِ، وَهُوَ أَمِيرٌ عَلَى المَدِينَةِ، فَقَالَ: لَيسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ، إِنَّا لا نَقْطَعُ آبِقاً، قَالَ: فَذَهَبَ بِهِ ابْنُ عُمَرَ، فَقُطِعَتْ يَدُهُ، وَقَامَ عَلَيْهِ حَتَّى قُطِعَ.

وَرَوى الثَّوريُّ وَمَعْمرٌ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينارٍ، عَنْ مُجَاهِدٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّهُ كَانَ لا يَرى عَلَى عَبْدٍ آبقٍ سَرَقَ قَطْعاً.

١٥٥١ ـ الحديث في الموطأ من دون ترقيم، بعد الحديث رقم ٢٧، من الكتاب والباب السابقين.

وَذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ، عَنْ سُفْيَانَ، عَنْ عَمْرٍو، عَنْ مُجَاهِدٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: لا يُقْطَعُ الآبِقُ إِذَا سَرَقَ فِي إِبَاقِهِ.

قَالَ: وحدَّثني وَكِيعٌ، عَنِ ابْنِ أَبِي ذئب، عَنِ الزُّهريِّ، أَنَّ عُثْمانَ، وَمَروانَ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزيزِ، كَانوا لا يَقْطَعُونَ الآبِقَ إِذَا سَرَقَ.

قَالَ: وَحَدَّثَنِي عُبَيْدُ اللَّهِ، عَنْ حَنْظَلَةَ، عَنْ سَالِمٍ عن عائشة. قالت: لَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ.

وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ[1]، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَائِشَةَ مِثْلُهُ.

قَالَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ؛ قَالَ سُفْيَانُ: قَوْلَها إِنَّهُ لا يُقْطَعُ. لَيْسَ مَعْصِيَةَ اللَّهِ عزَّ وجل فِي إِباقِهِ تُخْرِجُهُ مِنَ القَطْعِ.

وَقَالَ سُفْيانُ، عَنْ خَالِدٍ الحَذَّاءِ، عَنِ الحَسَنِ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ العَبْدِ الآبِقِ يَسْرِقُ، أَتُقْطَعُ يَدُهُ؟ قَالَ: نَعَمْ.

وَقَالَ حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ العَزِيزِ، وَالقَاسِمَ بْنَ مُحمدٍ، قَالا: العَبْدُ الآبِقُ، إِذَا سَرَقَ، قُطِعَ.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حَدَّثني الفَضْلُ بْنُ دكينٍ، عَنِ الحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَامِرٍ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ العَزيزِ سَأَلَ عروةَ عَنْهُ، فَقَالَ: يُقْطَعُ.

قَالَ: وَحدَّثني وَكِيعٌ، عَنْ إِسْرَائِيلَ، عَنْ جَابِرٍ، عن عامر قَالَ: يُقْطَعُ.

٩ ـ باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان

١٥٥٢ ـ مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ صَفْوَانَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ صَفْوَانَ أَنَّ صَفْوَانَ بْنَ أُمَيَّةَ قِيلَ لَهُ: إِنَّهُ مَنْ لَمْ يُهَاجِرْ هَلَكَ، فَقَدِمَ صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ الْمَدِينَةَ، فَنَامَ فِي الْمَسْجِدِ وَتَوَسَّدَ رِدَاءَهُ، فَجَاءَ سَارِقٌ فَأَخَذَ رِدَاءَهُ فَأَخَذَ صَفْوَانُ السَّارِقَ، فَجَاءَ بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَسَرَقتَ رِدَاءَ هَذا؟» قَالَ: نَعَمْ. فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ تُقطَعَ يَدُهُ، فَقَالَ لَهُ صَفْوَانُ: إِنِّي لَمْ أُرِدْ هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، هُوَ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَهلاَّ قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ».

---

(١) المصنف ١٠/ ٢٤١.

١٥٥٢ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٨، من كتاب الحدود، باب ٩ (ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان)، وقد أخرجه أبو داود في الأدب حديث ٥٠٥٣، والنسائي في قطع السارق حديث ٤٨٧٦، ٤٨٧٧، ٤٨٧٩، ٤٨٨٠، ٤٨٨١، ٤٨٨٢، ٤٩٦٤، ٤٩٦٥، ٤٩٦٧، ٤٩٦٨، ٤٩٦٩، ٤٩٧٠، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٩٥، ٢٦٠٥، وأحمد في المسند ٣/ ٤٠١.

قَدْ ذَكَرْنَا فِي «التَّمْهِيدِ» اخْتِلافَ الرُّوَاةِ لِهَذَا الحَدِيثِ، عَنْ مَالِكٍ، وَعَنِ ابْنِ شِهَابٍ أيضاً، وَذَكَرْنَا طُرُقَهُ مِنْ غَيْرِ رِوَايَةِ ابْنِ شِهَابٍ، وَتَقَصَّيْنَا ذَلِكَ هُنَالِكَ. وَالحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيراً.

وَنَذْكُرُ فِي آخِرِ هَذَا البَابِ، مَا فِي هَذَا الحَدِيثِ مِنَ المَعَانِي، ومَا لِلْعُلَمَاءِ فِيها مِنَ المَذَاهِبِ. والحمدُ للَّهِ.

١٥٥٣ ـ مَالِكٌ، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمنِ؛ أَنَّ الزُّبَيْرَ بْنَ الْعَوَّامِ لَقِي رَجُلاً قَدْ أَخَذَ سَارِقاً، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بِهِ إِلى السُّلْطَانِ، فَشَفَعَ لَهُ الزُّبَيْرُ لِيُرْسِلَهُ، فَقَالَ: لا حَتَّى أَبْلُغَ بِهِ السُّلْطَانَ، فَقَالَ الزُّبَيْرُ، إِذَا بَلَغتَ بِهِ السُّلْطَانَ، فَلَعَنَ اللَّهُ الشَّافِعَ وَالْمُشَفَّعَ[١].

هَذَا خَبَرٌ مُنْقَطعٌ، وَيَتَّصِلُ مِنْ وَجْهٍ صَحِيحٍ.

قال أبو عمر: أَدْخَلَ مَالِكٌ خَبَرَ الزُّبَيْرِ، بَيَاناً لِحَدِيثِ صَفْوَانَ؛ لأَنَّ السُّلْطَانَ لا يحلُّ لَهُ أَنْ يُعطِّلَ حَدّاً مِنَ الحُدُودِ الَّتِي لِلَّهِ، عَزَّ وجلَّ، إِقَامَتُها عَلَيْهِ، إِذَا بَلَغَتْهُ، كَمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَجَسَّسَ [عَلَيْهَا]، إِذَا اسْتَتَرَتْ عَنْهُ، وَبِأَنَّ الشَّفَاعَةَ فِي ذَوِي الحُدُودِ حَسَنَةٌ، جَائِزَةٌ، وَإِنْ كَانَتِ الحُدُودُ فِيها وَاجِبَةً، إِذَا لَمْ تَبْلُغِ السُّلْطَانَ.

وَهَذا كُلُّهُ لا أَعْلَمُ فِيهِ خِلافاً بَيْنَ العُلماءِ، وَحَسْبُكَ بِذَلِكَ عِلْماً.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي وَكِيعٌ وحُمَيْد بْنِ عَبْدِ الرَّحْمن الرّواسيُّ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنُ عُرْوَةَ، عَن الفُرافِصَةِ الحنفيِّ، قَالَ: مَرُّوا عَلَى الزُّبَيْرِ بِسَارِقٍ، فَشَفَعَ لَهُ، فَقَالُوا: أَتَشْفَعُ لِلسَّارِقِ؟ قَالَ: نَعَمْ، مَا لَمْ يُؤْتَ بِهِ إِلى الإِمَامِ، فَإِذَا أُتِي بِهِ إِلى الإمامِ، فَلا عَفْوَ لَهُ عَنْهُ إِنْ عَفَا عَنْهُ.

وَرَوى ابْنُ سَلَمَةَ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَخِيهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنِ الفُرافِصَةِ، أَنَّ الزُّبَيْرَ مَرَّ بِلِصٍّ، قَدْ أُخِذَ، فَقَالَ: دَعُوهُ، اعْفُوا عَنْهُ، فقالُوا: أَتَأْمُرُنا بِهَذا يَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ، وَأَنْتَ صَاحِبُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ! فَقَالَ: إِنَّ الحُدُودَ يُعْفَى عَنْهَا مَا لَمْ تَبْلُغْ إِلى السُّلْطَانِ، فَإِذا رُفِعَتْ إِلى السُّلْطانِ، فَلا عَفا اللَّهُ عَنْهُ، إِنْ عُفِيَ عَنْهَا.

قال أبو عمر: هَذَا تَفْسِيرُ قَوْلِهِ ﷺ، لِصفْوانَ: «فَهلا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ»، فَإِنَّهُ لَمْ يَهَبِ الرِّدَاءَ، إِلا رَجَاءَ العَفْوِ عَنْهُ.

١٥٥٣ ـ الحديث في الموطأ برقم ٢٩، من الكتاب والباب السابقين.

(١) المشفَّع: أي قابل الشفاعة.

قَالَ أَبُو بَكْرٍ: وحدَّثني حُمَيْدٌ، عَنْ هِشَام، عَنْ أَبِي حَازِم، أَنَّ عَلِيّاً، شَفَعَ لِسَارِقٍ، فَقِيلَ لَهُ: أَتَشْفَعُ لِسَارِقٍ!؟ قَالَ: نَعَمْ، إِنَّ ذَلِكَ لَيُفْعَلُ مَا لَمْ يَبْلُغِ الإِمَامَ.

وَعَنْ سَعِيد بْنِ جُبَيْرٍ، وَعَطاءٍ، وَجَماعَةٍ مِنْ عُلَماءِ التَّابِعِينَ، مِثْلُ ذَلِكَ.

[ورُوِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ، وَعُمَرَ، وَعُثْمانَ، مِثْلُ ذَلِكَ].

وَالآثارُ فِي السِّتْرِ عَلَى المُسْلِمِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، كَثِيرَةٌ.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني أَبُو مُعَاوِيَةَ، عَنْ عَاصِم، عَنْ عِكْرِمَةَ، أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ، وَعَمَّاراً، وَالزُّبَيْرَ، أَخَذُوا سَارِقاً، فَخَلُّوا سبيلَهُ، قَالَ عِكْرِمَةُ: فَقُلْتُ لابْنِ عَبَّاسٍ: بِئْسَ مَا صَنَعْتُمْ؛ حِينَ خَلَّيْتُمْ سَبِيلَهُ، فَقَالَ: لا أُمَّ لَكَ أَمَا لَو كُنْتَ أَنْتَ، لَسَرَّكَ أَنْ يُخَلَّى سَبِيلُكَ(١).

وَهَذَا كُلُّهُ قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ إِلَى السُّلْطَانِ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ حَالَتْ شَفَاعَتُهُ دُونَ حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ، فَقَدْ ضَادَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ فِي حُكْمِهِ»(٢).

وَذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني عَبْدَةُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ الوَهَابِ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ.

قَالَ: حدَّثني سَعِيدٌ، قَالَ: حدَّثني قَاسِمٌ، قَالَ: حدَّثني مُحمدٌ، قَالَ: حدَّثني أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، كُلِّمَ فِي شَيْءٍ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لَو كَانَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ مُحمدٍ، لأَقَمْتُ عَلَيْهَا الحَدَّ».

قال أبو عمر: فِي حَدِيثِ ابْنِ شِهَابٍ، فِي هَذَا البَابِ، فِي قِصَّةِ رِدَاءِ صَفْوَانَ المَسْرُوق مِنْ تَحْتِ رَأْسِهِ، وَهُوَ قَدْ تَوَسَّدَهُ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الحِرْزَ قَدْ يَكُونُ بِمِثْلِ ذَلِكَ مِنَ الفِعْلِ.

وَاتَّفَقَ الفُقَهاءُ؛ أَئِمَّةُ الفَتْوَى بِالأَمْصارِ، وَأَتباعُهُم، عَلَى مُراعَاةِ الحِرْزِ، فِي ما يَسْرقُه السَّارِقُ؛ فَقَالُوا: مَا سَرَقَهُ [السَّارِقُ] مِنْ غَيْرِ حِرْزٍ، فَلا قَطْعَ عَلَيْهِ، بَلَغَ المِقْدارَ الَّذِي يَجِبُ فِيهِ القَطعُ، أَمْ لَمْ يَبْلُغْ؟.

وَمِمَّنْ ذَهَبَ إِلَى هَذَا؛ مَالِكٌ، وَالثَّوْرِيُّ، وَاللَّيْثُ، وَالأَوْزَاعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، والشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُهُمْ.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١٠/ ٢٢٦، ٢٢٧.

(٢) أخرجه أبو داود في الأقضية باب ١٤، وأحمد في المسند ٢/ ٧٠، ٨٢، وابن ماجه في الأحكام باب (من ادعى ما ليس له).

وَحُجَّتُهم قَوْلُهُ ﷺ: «لا قَطْعَ فِي حريسَةِ الجَبَلِ، حَتَّى يُؤويها المُرَاحُ، فَإِذَا أواها المُراحُ، فَالقَطْعُ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنها ثَمَنَ المِجَنِّ»(١).

وَرَوَاهُ عَمْرُو بنُ شُعيب، عَنْ أبيهِ، عَنْ جَدِّهِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ [قَالَ علي بن المَديني: حَديث عَمْرو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أبيهِ، عَنْ جَدِّهِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، حُجَّة، إِذْ رَوَاهُ عَنْ عَمْرو بْنِ شُعَيْبٍ ثِقَةٌ، وَأَدْرَكَ أَبَاهُ، وَأَبُوهُ شُعَيْبٌ أَدْرَكَ عَبْدَ اللَّهِ بْنِ عَمْرو بْنِ العَاصِ.

وَقَالَ ﷺ]: «لا قَطْعَ عَلَى خَائِنٍ، وَلا مُخْتَلِسٍ»(٢).

فَلَمَّا كَانَ الخَائِنُ لا يحترزُ مِنْهُ، علمَ أَنَّهُمَا لَمْ يَكُنْ فِي حرزٍ، فَلَيْسَ بِسَرِقَةٍ، [يجب فِيها] القَطْعُ.

وَأَجْمَعَ العُلَماءُ، أَنَّهُ لا قَطْعَ عَلَى المضارِبِ مِنْ مَالِ مُضارِبِهِ، وَكَذَلِكَ المُودَعُ عِنْدَهُ الوَدِيعَةَ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ الفُقَهاءُ، فِي أَبْوابٍ مِنْ مَعَانِي الحرزِ، يَطُولُ ذِكْرُها.

فَجُمْلَةُ مَذْهَبِ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ، أَنَّ الحرزَ كُلُّ مَا يحرزُ النَّاسُ بِهِ أَمْوَالَهُمْ، إِذَا أَرَادُوا التَّحفظَ مِنْ سَارِقٍ يَسْرِقُها، وَهُوَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ الشَّيْءِ المَحْرُوزِ، وَاخْتِلافِ المَوَاضِعِ، فَإِذَا ضمَّ المَتَاعَ فِي السُّوقِ، وَقَعَدَ صَاحِبُهُ عَلَيْهِ، فَهُوَ حرزٌ لَهُ، سَواءٌ كَانَ المَتَاعُ فِي ظرف، فَأَخْرَجَهُ السَّارِقُ مِنْ ظرفِهِ، أو كَانَ بِحَيْثُ يَنْظرُ إِلَيْهِ صَاحِبُهُ، جَازَ ذَلِكَ.

وَكَذَلِكَ إِبلُ القَافِلَة، وَدوابُّ الرّفقَةِ، إِذَا قطرَ بَعْضها إِلى بَعْضٍ، أو كَانَتْ غنماً فِي مَرَاحِها، أو مَتاعاً فِي فسْطاطٍ، أو خباءٍ، وَعليْهِ مَنْ يَحْفَظُهُ، وَنَحو هَذَا مِمَّا يَطُولُ أوصَافهُ.

وَمَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ، وَمَالِكٍ، فِي هَذَا البَابِ، مُتَقارِبٌ جدّاً.

وَقَدْ قَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ، وَطَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الحَدِيثِ: كُلُّ سَارِقٍ سَرَقَ رُبْعَ دِينَارٍ ذهَباً، أو قِيمَتَهُ مِنْ سَائِرِ الأَشْيَاءِ، وَجَبَ عَلَيْه القَطْعُ، مِنْ حرزٍ أَخَذَهُ أو مِنْ غَيْر حرزٍ، إِذَا أَخذَهُ مِنْ مِلْكِ مَالِكٍ، لَمْ يَأْتمنْهُ عَلَيْهِ؛ لأَنَّ اللَّهَ عزَّ وجلَّ، أَمَرَ بِقَطْعِ السَّارِقِ أَمْراً مُطْلَقاً، وَبَيَّنَ النَّبِيُّ ﷺ، المِقْدارَ المَقْطُوعَ فِيهِ، وَلَمْ يُبَيِّنِ الحرزَ.

---

(١) أخرجه أبو داود في الحدود باب ١٣، واللفظة حديث ١٧١٠، والنسائي في السارق باب ١١، ١٢.

(٢) أخرجه أبو داود في الحدود باب ١٤، والترمذي في الحدود باب ١٨، والنسائي في قطع السارق باب ١٣، وابن ماجه في الحدود باب ٢٦، والدارمي في الحدود باب ٨.

وَتَكَلَّمُوا فِي الأَحَادِيثِ الَّتِي ذَكَرْنَاها، وَهِيَ حُجَّةٌ [عَلَيْهِم؛ لِمَا وَصَفْنَا] وَمَا أَعْلَمُ لَهُمْ، فِي تَرْكِ مُراعَاةِ إِخْرَاجِ السَّرِقَةِ مِنْ حِرْزِها إلا شَيْئاً عَنْ عَائِشَةَ، وَابْنِ الزُّبَيْرِ، وَرِوَايَةٍ عَنِ الحَسَنِ؛ قَدْ رُوِيَ عَنْهُ خِلافُها.

وَجُمْهُورُ أَهْلِ العِلْمِ، عَلَى أَنَّ السَّارِقَ لا قَطْعَ عَلَيْهِ، إلا أَنْ يَسْرِقَ شَيْئاً مَحْرُوزاً، يُخْرِجُهُ مِنْ حِرْزِه.

وَعلى ذَلِكَ جَمَاعَةُ الفُقَهاءِ؛ أَئِمَّةِ الفَتْوى بِالأَمْصَارِ.

وَاخْتَلَفَ العُلَمَاءُ، فِي السَّارِقِ يَسْرِقُ مَا يَجِبُ فِيهِ القَطْعُ، وَيُرفَعُ إِلى الإِمَامِ، فيقرُّ، أو تَثْبُتُ عَلَيْهِ السَّرِقَةُ بِالبَيِّنَةِ العَادِلَةِ، فَيأمرُ الإِمَامُ بِقَطْعِهِ، فَيَهَبُ لَهُ المَسْرُوقُ مِنْهُ [الشَّيْءَ المَسْرُوقَ] قَبْلَ أَنْ يُقْطَعَ عَلَى مَا صحَّ عن صَفْوان، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

فَقَالَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الحِجَازِ: يُقْطَعُ؛ لأَنَّ الهِبَةَ لَهُ، وَالصَّدَقَةَ عَلَيْهِ، بِما سَرَقَهُ، رُبَّما وَقَعتْ بَعْدَ وُجُوبِ الحَدّ عَلَيْهِ.

وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَي أَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَمُحمدُ بْنُ الحَسَنِ، وَطَائِفَةٌ: لا يُقْطَعُ؛ لأَنَّهُ قَدْ مَلكَ الشَّيْءَ المَسْرُوقَ بِالصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ قَبْلَ أَنْ يقعَ، فَلا تُقْطَعُ يَد أَحَدٍ، فِي مَا هُوَ ملكٌ لَهُ.

وهَذَا مِنْهُم دفعٌ لِحَدِيثِ صَفْوانَ؛ قوله ﷺ: «فَهلا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَني بِه»، وَلَمْ يَرْوُون شَيْئاً يَرُدُّونَهُ بِهِ.

وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ؛ لو وقعتِ الهِبَةُ مِنَ المَسْرُوقِ مِنْهُ لِلسَّارِقِ، قَبْلَ أَنْ يرفعَ إِلى الإِمَامِ:

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَبُو يُوسُفَ، مِنْ غَيْرِ خِلافٍ عَنْهُ، وَمُحمدُ بْنُ الحَسَنِ: لا قَطْعَ عَلَيْهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحابُهما: يُقْطَعُ.

وَوَافَقَهُم عَلَى ذَلِكَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى.

واحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ فِي ذَلِكَ بِالزَّاني بأَمَةِ غَيْرِهِ، تُوهَبُ لَهُ قَبْلَ أَنْ يُقَامَ عَلَيْهِ الحَدُّ، أو يَشْتَرِيَها قَبْلَ أَنْ يُقامَ عَلَيْهِ الحَدُّ، أَنَّ مِلْكَهُ الطَّارِىءَ، لا يزيلُ عَنْهُ الحَدَّ.

وَمِنْ حُجَّةِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَنْ تَابَعَهُ الحَدِيثُ المَرْفُوعُ: «تعافُوا الحُدُودَ فِي مَا بَيْنَكُمْ؛ فَما بَلَغَني مِنْ حَدٍّ، فَقَدْ وَجَبَ»(١).

---

(١) أخرجه أبو داود في الحدود باب ٦، حديث ٤٣٧٦، والنسائي في قطع السارق باب ٥.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ: سَمِعْتُ ابْنَ جريج، يُحدِّثُ بِهِ، عَنْ عَمْرو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أبيهِ، عَنْ جدِّهِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالُوا: فَهَذا الحَدِيثُ قَدْ عُفِيَ عَنْهُ بِالهِبَةِ، وَالصَّدَقَةِ، وَقَدْ حَصَلَ الشَّيْءُ المَسْرُوقُ مِلْكاً للسَّارِقِ قَبْلَ أنْ يَبلغَ السُّلطَانَ، فَلَمْ يَبْلغِ الحَدُّ السُّلْطانَ، إلا وَهُوَ يَعْفُو عَنْهُ.

قَالُوا: وَمَا صَارَ مِلْكاً لِلسَّارِقِ، وَاسْتَحَالَ أنْ يقْطعَ فِيهِ؛ لأنَّهُ إنَّما يقْطعُ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، لا فِي مِلكِ نَفْسِهِ.

قَالُوا: وَالطَّارِىءُ مِنَ الشُّبُهاتِ فِي الحُدُودِ، بِمَنْزِلَةِ مَا هُوَ مَوْجُودٌ فِي الحَالِ. قِياساً عَلَى الشَّهادَاتِ.

[قال أبو عمر]: قَوْلُهُ ﷺ، لِصَفْوانَ: «فَهلا قَبلَ أنْ تَأْتِينِي بِهِ» يمْنعُ مِنِ اسْتِعْمَالِ النَّظَرِ مَا يُوجِبُ التَّسْلِيمَ إِلى مَا ذَكَرْنَا مِنْ صَحِيح القِيَاسِ، فِي مِلْكِ الزَّانِي، نَظَراً لَهُ قَبْلَ الحَدِّ. وَاللَّهُ أعْلَمُ.

١٠ ـ باب جامع القطع

١٥٥٤ ـ مَالِكٌ، عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ القَاسِمِ، عَنْ أبِيهِ، أنَّ رَجُلاً مِنْ أهْلِ الْيَمَنِ، أقْطَعَ الْيَدِ وَالرِّجْلِ، قَدِمَ، فَنَزَلَ عَلَى أبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، فَشَكَا إلَيْهِ أنَّ عَامِلَ الْيَمَنِ قَدْ ظَلَمَهُ، فَكَانَ يُصَلِّي مِنَ اللَّيْلِ، فَيَقُولُ أبُو بَكْرٍ: وَأبِيكَ، مَا لَيْلُكَ بِلَيلِ سَارِقٍ، ثُمَّ إنَّهُمْ فَقَدُوا عِقْداً لأسْمَاءَ بِنْتِ عُمَيْسٍ؛ امْرَأةِ أبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ فَجعَلَ الرَّجُلُ يَطُوفُ مَعَهُمْ وَيَقُولُ: اللَّهُمَّ عَلَيْكَ بِمَنْ بَيَّتَ أهْلَ هَذَا الْبَيْتِ الصَّالِحِ، فَوَجَدُوا الحُلِيَّ عِنْدَ صَائغٍ، زَعَمَ أنَّ الأقْطَعَ جَاءَهُ بِهِ، فَاعْتَرَفَ بِهِ الأقْطَعُ، أوْ شُهِدَ عَلَيْهِ بِهِ فَأمَرَ بِهِ أبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، فَقُطِعَتْ يَدُهُ الْيُسْرَى، وَقَالَ أبُو بَكْرٍ: والله لَدُعَاؤُهُ عَلَى نَفْسِهِ أشَدُّ عِنْدِي عَلَيْهِ مِنْ سَرِقَتِهِ.

قال أبو عمر: اخْتُلِفَ فِي هَذَا الحَدِيثِ؛ فَرُوِيَ أنَّ هَذَا الأقْطَعَ لَمْ يَكُنْ مَقْطُوعَ اليَدِ وَالرِّجْلِ، وَإنَّما كَانَ مَقْطُوعَ اليَد اليُمْنَى فَقَطْ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعمرٍ، عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ سَالِمٍ، وَغَيْرِهِ، قَالَ: إنَّما قَطَعَ أبو بَكْرٍ رجْلَ الأقْطَع، وَكَانَ مَقْطُوعَ اليَدِ اليُمْنَى فَقطْ.

قَالَ الزُّهريُّ: وَلَمْ يَبلغنا فِي السُّنَّة إلا قَطْعُ اليَدِ وَالرِّجْلِ، لا يزادُ عَلى ذَلِكَ.

قَالَ: وَأخبَرنا معمر، عَنْ أيُّوبَ، عَنْ نَافعٍ عَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: إنَّما قَطَعَ أبو بَكْرٍ رِجْلَ الَّذِي قَطَعَهُ يَعْلَى بْنُ أُمَيَّةَ، كَانَ مَقْطُوعَ اليَدِ قَبْلَ ذَلِكَ.

١٥٥٤ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٠، من كتاب الحدود، باب ١٠ (جامع القطع).

قال أبو عمر: هَؤلاءِ نَفوا، و [عبدُ الرحمن] بْنُ القاسِم، زَادَ وَأَثْبَتَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ رَواهُ الثَّوْرِيُّ، كَمَا رَواهُ مَالِكٌ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، قَالَ: أَخْبرنا الثَّوريُّ، عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ القاسِم، عَنِ القَاسِمِ بْنِ مُحمدٍ، أَنَّ سَارِقاً مَقْطُوعَ اليَدِ وَالرِّجْلِ، سَرَقَ حليّاً لأَسْمَاءَ، فَقَطَعَهُ أَبُو بَكْرٍ الثَّالِثَةَ.

قَالَ حَسِبْتُهُ قَالَ: يدهُ.

وَرَواهُ وَكيعٌ، [عَنْ سُفْيانَ]، فَخَالفَ عَبْدُ الرزَّاقِ فِي لَفْظِهِ.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني وَكِيعٌ، عَنْ سُفْيانَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمن بْنِ القاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ أَبا بَكْرٍ أرادَ أَنْ يَقْطَعَ الرِّجْلَ بَعْدَ اليَدِ وَالرِّجْلِ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: السُّنَّةُ اليَدُ.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرزَّاقِ، قَالَ: أَخْبرنا مَعمرٌ، عَنِ الزُّهْريِّ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: كَانَ رَجُلٌ أَسْوَدُ يَأْتِي أَبا بَكْرٍ، فَيدْنيهِ، وَيقرئهُ القُرآنَ، حَتَّى بَعَثَ سَاعِياً، أَو قَالَ: سريَّةً، فقَالَ: أَرْسلنِي مَعهُ، فَقَالَ: بَلْ تمكثُ عِنْدَنا، فَأَبى، فَأَرْسَلَهُ مَعَهُ، وَاسْتَوْصَى بِهِ خَيْراً، فَلَمْ يَغِبْ معهُ إلا قَلِيلاً، حَتَّى جَاءَ قَدْ قُطِعَتْ يَدُهُ، فلمَّا رآهُ أَبُو بَكْرٍ، فَاضَتْ عَيْنَاهُ، فَقَالَ: مَا شَأْنُكَ؟ قَالَ: مَا زِدْتُ عَلَى أَنَّهُ كَانَ يُوليني شَيْئاً مِنْ عَمَلِهِ، فَخُنْتهُ فَرِيضةً وَاحدةً، فَقَطَعَ يَدِي.

فَقَالَ أَبُو بكرٍ: تَجِدُونَ الَّذِي قطعَ يَدَ هذا يخونُ عِشْرِينَ فَرِيضةً، واللَّهِ لَئِنْ كُنْتَ [صَادِقاً] لأقيدنَّكَ مِنْهُ، قَالَ: ثُمَّ أَدْنَاهُ، وَلَمْ يحول منْزلته الَّتِي كَانَتْ لَهُ مِنْهُ، قَالَ: فَكانَ الرَّجُلُ يَقُومُ اللَّيْلَ، فَيَقْرَأُ، فَإِذَا سَمعَ أَبُو بَكْرٍ صَوْتَهُ، قَالَ: تَاللَّهِ لرجل قطع هَذَا، لَقَد اجْترأَ عَلَى اللَّهِ عَزَّ وجلَّ.

قَالَ: فَلَمْ يَغِبْ إلا قَلِيلاً حَتَّى فقد آل أبي بكر حَلْياً لَهُم، وَمَتاعاً، فَقَال أَبُو بَكْرٍ: طرق الحيّ اللَيْلَة، فَقَام الأَقْطعُ [فاسْتَقْبلَ القِبْلَةَ]، وَرفعَ يَدَهُ الصَّحِيحَةَ والأخرى الَّتِي قُطِعَتْ، فَقَالَ: اللَّهُمَّ أَظْهِرْ عَلَى مَنْ سَرَقَهُم، أو نَحو هَذَا.

وَكَانَ مَعمرٌ رُبَّما قَالَ: اللَّهُمَّ أَظْهِرْ عَلَى مَنْ سَرَقَ أَهْلَ هَذَا البَيْتِ الصَّالِحِ قَالَ: فَما انْتَصَفَ النَّهارُ حَتَّى عَثرُوا عَلَى المَتاعِ عِنْدَهُ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَيْلَكَ، إِنَّكَ لَقَلِيلُ العِلْمِ بِاللَّهِ عَزَّ وجلَّ، فأمرَ بِهِ، فَقُطِعَتْ رِجْلَهُ.

وَفِي هَذَا الخَبَرِ، وَخَبَرِ الزُّهريِّ أَيضاً عَنْ سَالِم، وَخَبَرِ أَيُوبَ، عَنْ نَافع، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ ذَلِكَ الأَقْطَعَ لَمْ تَكُنْ رِجْلُهُ مَقْطُوعَةً، وَإِنَّما كَانَ مَقْطُوعَ اليَدِ اليُمْنَى، فَقَطَعَ أَبُو بَكْرٍ رِجْلَهُ ـ يَعْنِي ـ اليُسْرَى.

وَهَذا خِلافُ مَا رَواهُ عَبْدُ الرحمن بْنُ القاسمِ، عَنْ أَبِيهِ، فِي هَذَا الخَبَر، وَقَدْ رُوِيَ فِيهِ مَا يُوَافِقُهُ.

ذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[١]، قَالَ أَخْبَرَنِي ابْنُ جُرِيجٍ، قَالَ: أَخْبَرني غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ المَدِينَةِ؛ منهم إِسْمَاعِيلُ بْنُ مُحمدِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، أَنَّ يَعْلَى بْنَ أُمَيَّةَ، قَطَعَ يَدَ سَارِقٍ وَرِجْلَهُ؛ لأنَّهُ سَرقَ فِي الثَّانِيَةِ، فَقَطَعَ أَبو بَكْرٍ يَدَهُ لِلثَّالِثَةِ، ثُمّ ذَكَرَ نحو حَدِيثِ الزُّهْرِيِّ، قَالَ: فَكانَ أَبُو بَكرٍ يَقُولُ: لجُرْأَتُهُ عَلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَغْيَظُ عِنْدِي مِنْ سَرِقَتِهِ.

قَالَ ابْنُ جُريجٍ: وَأَخْبَرَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ، أَنّ اسْمَهُ جَبْرٌ أو جُبيرٌ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ العُلماء مِنَ السَّلَفِ وَالخَلَفِ، فيما يقْطعُ مِنَ السَّارِقِ إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ اليُمْنَى؛ بِسَرِقَةٍ يَسْرِقُها، ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَ أُخرى، بَعْدَ إِجْماعِهِمْ أَنَّ اليَدَ اليُمْنَى هِيَ الَّتِي تُقْطَعُ مِنْهُ أَوَّلاً:

فَقَالَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُهما: إِذَا قُطعَ فِي السَّرِقَةِ، ثُمَّ سَرَقَ ثَانِيةً، قُطِعَتْ رِجلُهُ اليُسْرى، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ ثَالِثَةً، قُطِعَتْ يَدُهُ اليُسْرَى، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ رَابِعَةً، قُطِعَتْ رِجْلُهُ اليُمْنى، وَتحْسمُ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِالنَّارِ سَاعَةَ القَطْعِ؛ خَوْفَ التَّلَفِ، وَالقَطْعُ عِنْدَهُم مِنَ المفْصَلِ.

وَبِهِ قَالَ قَتادَةُ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَبُو ثَوْرٍ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ، وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ فِيهِ مَا قَدْ ذَكَرْنَا.

وَقَالَ بِذَلِكَ جَماعَةٌ مِنَ السَّلَفِ، وَالتَّابِعِينَ.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ عُلَيَّة، عَنْ خَالِدِ الحَذَّاءِ، عَنْ عِكْرِمةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: رَأَيْتُ عُمَر بْنَ الخطَّابِ، قَطعَ يَدَ رَجُلٍ بَعْدَ يَدِهِ وَرِجْلِهِ.

وَالحُجَّةُ لِمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ مَالِكٌ، والشَّافعيُّ، وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهما، أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ، مِنْ مَرَاسِيلِ الثِّقَاتِ.

مِنْها مَا رَوَاهُ ابْنُ جُريجٍ، عَنْ عَبْدِ رَبِّهِ بْنِ أُمَيَّةَ بْنِ الحَارِثِ، أَنَّهُ أَخْبَرَهُ عَنِ الحَارِثِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي رَبِيعَةَ، أَنَّهُ حَدَّثَهُ عَبْدُ الرَّحمنِ بْنُ سابط، أَنَّ النبيَّ ﷺ، أُتِيَ بِعَبْدٍ قَدْ سَرَقَ، فَقطَعَ يَدَهُ، ثُمَّ الثَّانِيةَ، فَقَطَعَ رِجلَهُ، ثُمَّ أُتِيَ بِهِ فِي الثَّالِثَةِ، قَطعَ يَدَهُ ثُمَّ أُتِيَ بِهِ، فَقَطَعَ رِجْلَهُ[٢].

---

(١) المصنف ١٠/ ١٨٩.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١٠/ ١٨٨.

قَالَ سُفْيانُ الثَّوْرِيُّ، وأبو حنيفة وَأَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ: إِذَا وَجَبَ عَلَى السَّارِقِ القَطْعُ، قُطِعَتْ يَدُهُ اليُمْنَى مِنَ المفصلِ، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ ثَانِيَةً، قُطِعَتْ رِجْلُهُ اليُسْرَى، وَلا يُقْطَعُ مِنْهُ شَيْءٌ بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِنَّما عَلَيْهِ الغُرْمُ.

وَهُوَ قَوْلُ الزُّهْرِيِّ، [وَحَمَّادٍ]، والشَّعْبِيِّ، وَإِبْراهِيمَ النَّخعيِّ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أحْمَدُ.

قال أبو عمر: رُوِيَ هَذَا القَوْلُ [عَنْ] جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ، وَمَنْ بَعْدَهُ مِنَ العُلَماءِ الخَالِفِينَ.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[1]، عَنْ إِسْرَائِيلَ بْنِ يُونُسَ، عَنْ سماكِ بْنِ حَرْبٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ عَائِذٍ الأوديِّ، عَنْ عُمَرَ، أَنَّهُ أُتِيَ بِرَجُلٍ قَدْ سَرَقَ، يُقَالَ لَهُ: سدومٌ، فَقَطَعَهُ، ثُمَّ أُتِيَ بِهِ الثَّانِيَةَ، فَقطَعَهُ، ثُمَّ أُتِيَ الثَّالِثَةَ، فَأَرَادَ أَنْ يَقْطَعَهُ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لا تَفْعَلْ، فَإِنَّما عَلَيْهِ يَدٌ وَرِجْلٌ، وَلَكِنِ احْبِسْهُ.

وَذَكَرَ أَبُو بكرٍ، قَالَ: حدَّثني جريرٌ، عَنْ مَنْصُورٍ، عَنْ أَبِي الضُّحَى، وَعَنْ مُغِيرَةَ، عَنِ الشَّعْبِيِّ، قَالا: كَانَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، يَقُولُ: إِذَا سَرَقَ السَّارِقُ مِرَاراً، قَطَعْتُ يَدَهُ وَرِجْلَهُ، ثُمَّ إِنْ عَادَ، اسْتَوْدَعْتُهُ السِّجْنَ.

قَالَ: وحَدَّثني حَاتِمُ بْنُ إِسْماعِيلَ، عَنْ جَعْفَرٍ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: كَانَ عَلِيٌّ لا يزيدُ عَلَى أَنْ يَقْطَعَ لِلسَّارِقِ يَداً، وَرِجْلاً، فَإِذَا أُوتِيَ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ، قَالَ: إِنِّي لأَسْتَحِي أَنْ لا يَتَطَهَّرَ لِصَلاتِهِ، وَلَكِنِ امْسكوا كلبهُ عَنْ المُسْلِمِينَ، وَأَنْفِقُوا عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ المَالِ.

قَالَ: وحَدَّثني عِيسى بْنُ يُونُسَ، عَنِ الأَوْزَاعِيِّ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، قَال: انْتَهى أَبُو بكرٍ فِي قَطْعِ السَّارِقِ إلى اليَد والرِّجْل.

قَالَ: وَحَدَّثني أَبُو أُسَامَةَ، عَنْ عَبْدِ الرحمن بْنِ يَزِيدَ بْنِ جَابِرٍ، عَنْ مَكْحُولٍ، أَنَّ عُمَرَ قَالَ: إِذَا سَرَقَ، فَاقْطَعُوا يَدَهُ، ثُمَّ إِنْ عَادَ، فَاقْطَعُوا رِجْلَهُ، وَلا تَقْطَعُوا يَدَهُ الأُخْرى، وَذَرُوهُ يَأْكُلُ بِها الطَّعامَ، وَيسْتنجِي بِها مِنَ الغَائِطِ، وَلَكِنِ احبسُوهُ عَنِ المُسْلِمِينَ.

قَالَ: وحدَّثني أَبُو خَالِدٍ، عَنِ الحجَّاجِ، عَنْ عَمْرِو عَنْ مُرَّةَ [، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَلَمَةَ، قَالَ: كَانَ عَلِيٌّ يَقُولُ فِي السَّارِقِ: إِذَا سرقَ، قَطَعْتُ يَدُهُ، فَإِنْ عَادَ، قَطَعْتُ رِجْلَهُ، فَإِنْ عَادَ، اسْتَوْدَعْتُهُ السِّجْنَ.

قَالَ: وَأَخْبَرَنا أَبُو خَالِدٍ، عَنِ الحجَّاجِ،] عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ، أَنَّ نَجْدَةَ الخارجيَّ، كَتَبَ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ، يَسْأَلُهُ عَنِ السَّارِقِ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ بِمِثْلِ قَوْلِ عَلِيٍّ.

قَالَ: وَحدَّثني أَبُو خَالِدٍ، عَن حجَّاجٍ، عَنْ سماكٍ، عَنْ بَعْضِ أَصْحابِهِ، أَنَّ عُمَرَ

---

(١) المصنف ١٠/ ١٨٦.

اسْتَشارَهُم فِي سَارِقٍ، فَأَجْمَعُوا عَلَى مِثْلِ قَوْلِ عَلِيٍّ، رضي اللَّهُ عَنْهُ.

قال أبو عمر: حصلَ اتِّفاقُ جُمْهُورِ السَّلَفِ وَالخلَفِ، عَلَى جَوَازِ قَطْعِ الرِّجْلِ [بَعْدَ] اليَدِ؛ مَنْ قَالَ بِقَوْلِ الحِجَازِيِّينَ، وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِ العِرَاقِيِّينَ، وَهُمْ عَامَّةُ العُلماءِ، قَالُوا بِذلِكَ وَهُمْ يَقْرَؤُونَ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨].

وَهَذِهِ مَسْأَلَةٌ تُشْبِهُ المَسْحَ عَلَى الخُفَّيْنِ، وَهُمْ يَقرُونَ غسْلَ الرِّجْلَيْنِ أو مَسْحَهُما وَيُشْبِهُ الجَزاءَ فِي الصَّيْدِ فِي الخطأ، وَهُمْ يَقْرَؤُونَ: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥].

وَالجُمْهُورُ لا يَجُوزُ عَلَيْهِ تَحْرِيفُ الكِتَابِ، وَلا الخَطَأُ فِي تَأْوِيلِهِ، وَإِنَّما قَالُوا [ذَلِكَ] بِالسُّنَّةِ المسْنُونَةِ لَهُمْ وَالأمْرِ المُتَّبَعُ.

ذَكَرَ أَبُو بكرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثني عِيسى بْنُ يُونُسَ، عَنِ الأَوْزَاعيِّ، عَنْ يَحْيَى بْنِ أَبِي كثيرٍ، قَالَ: كَتَبَ نَجْدَةُ إلى عُمَرَ، يَسْأَلُهُ عَنْ قَطْعِ النَّبيِّ ﷺ [الرِّجْلَ بَعْدَ اليَدِ] فَكَتَبَ إِلَيْهِ أَنَّ النَّبيَّ ﷺ، قَدْ قَطَعَ الرِّجْلَ بَعْدَ اليَدِ.

وَقَالَ بَعْضُ التَّابِعِينَ؛ مِنْهُمْ عَطَاءٌ وَغَيْرُهُ، وَالخَوَارِجُ، وَطَوَائِفُ مِنْ أَهْلِ الكَلامِ، وَبَعْضُ أَصْحَابِ دَاوُدَ: لا يَجُوزُ أَنْ يُقْطَعَ مِنَ السَّارِقِ إلا الأَيْدِي دُونَ الأَرْجُلِ؛ لأَنَّ اللَّهَ عزَّ وجلَّ يَقُولُ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨].

وَذَكَر ابْنُ جُرَيْجٍ، قَالَ: قُلْتُ لِعَطاءٍ: إِذَا سَرَقَ الثَّانِيَةَ؟ قَالَ: مَا أَرى أَنْ يُقْطَعَ فِي السَّرِقَةِ إلا الأَيْدِي؛ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجلَّ: ﴿فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وَلَو شَاءَ أَمَرَ [بالرِّجْلَيْنِ]، وَمَا كَانَ رَبُّكَ نسياً.

قال أبو عمر: قَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ قَطْعُ الأَيْدِي، وَالأيدي مِنَ السُّرَّاقِ كَالمُحَارِبِينَ ـ مِنْ خِلافٍ.

أَخْبَرَنا مُحمدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ مُعَاوِيَةَ، قَالَ: حدَّثني إِسْحَاقُ بْنُ أَبِي حسَّانٍ، قَالَ: حدَّثني هِشَامُ بْنُ عَمَّارٍ، قَالَ: حدَّثني [يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ]، [وَحدَّثني سَعِيدُ بْنُ يَعْلَى]، قَالَ: وَحدَّثني هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ، عَنْ مُحمدِ بْنِ المُنْكَدِرِ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: أُتِيَ النَّبِيُّ ﷺ بِسَارِقٍ، فَقَطَعَ يَدَهُ، ثُمَّ أُتِيَ بِهِ بَعْدَ مَا سَرَقَ، فَقَطَعَ رِجْلَهُ، ثُمَّ أُتِيَ بِهِ بَعْدُ قَدْ سَرَقَ، فَقَطَعَ يَدَهُ، ثُمَّ أُتِيَ بِهِ بَعْدُ قَدْ سَرَقَ، فَقَطَعَ رِجْلَهُ، ثُمَّ أُتِيَ بِهِ بَعْدُ قَدْ سَرَقَ، فَقَتَلَهُ[1].

---

(١) أخرجه أبو داود في الحدود باب ٢١، ٢٢، والترمذي في الحدود باب ١٧، والنسائي في قطع السارق باب ٦، ١٥، ١٨، والدارمي في الحدود باب ٦، وأحمد في المسند ٦/ ١٩.

وَقَدْ رَوَاهُ مُصْعبُ بْنُ ثَابِت، عَنْ مُحمدِ بْنِ الْمُنْكَدِرِ، عَنْ جَابِرٍ [مِثْلَهُ] بِمَعْنَاهُ.

وذكرَهُ النَّسائيُّ، وَأَبُو دَاوُدَ، كِلاهُما عَنْ مُحمدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُبَيْد بْنِ عقيلٍ، عَنْ جَدِّهِ، عَنْ مُصْعَبِ بْنِ ثَابِتٍ.

قَالَ النَّسَائِيُّ: مُصْعَبُ بْنُ ثابِتٍ لَيْسَ بِالقَوِيِّ، وَإِنْ كَانَ يَحْيَى القَطَّانُ قَدْ رَوى عَنْهُ، قَالَ: وَهَذَا الحَدِيثُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ، قَالَ: ولا أَعْلَمُ فِي هَذَا البَابِ [حَدِيثاً] صَحِيحاً عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَفِي حَدِيثِ مُصْعَبِ بْنِ ثَابِت قَتْلُ السَّارِقِ بالحِجَارَةِ فِي الخَامِسَةِ، وَلا أَعْلَمُ أَحداً مِنْ أَهْلِ العِلْمِ قَالَ بِهِ، إلا مَا ذَكَرَهُ أَبُو مُصعبٍ؛ صَاحِبُ مَالِكٍ، فِي مخْتَصرِهِ، عَنْ أَهْلِ المَدِينَةِ.

مَالِكٌ، وَغَيْره، قَالَ: مَنْ سَرَقَ مِمَّنْ بَلَغَ الحلمَ مِنَ الرِّجَالِ، وَالمَحِيضَ مِنَ النِّسَاءِ، سَرِقَةَ، فَخَرَجَ بِها مِنْ حرْزِها، وَبَلَغَتْ رُبْعَ دِينارٍ، أو ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ، قُطِعَتْ يَدُهُ اليُمْنى، ثُمَّ حسمَتْ بِالنَّارِ، ثُمَّ خُلِّيَ سَبِيلُهُ، فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيةً، قُطِعَتْ رِجْلُهُ اليُسْرى، ثُمَّ إِنْ سَرقَ الثَّالِثَةَ، قُطِعَتْ يَدُهُ اليُسْرَى، فَإِنْ سَرَقَ الرَّابِعَةَ، قُطِعَتْ رِجْلُهُ اليِمْنَى، فَإِنْ سَرَقَ الخَامِسَةَ، قُتِلَ كَمَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، [وَعُثْمانُ]، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ.

قَالَ: وَكَانَ مَالِكٌ بْنُ أَنَسٍ يَقُولُ: لا يُقْتَلُ.

قال أبو عمر: حَدِيثُ القَتْلِ لا أَصْلَ لَهُ، وَقَدْ ثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، أَنْ لا يحلَّ دَمُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ، إلا بِإِحْدى ثَلاثٍ؛ كُفْرٍ بَعْدَ إيمانٍ، أو زِنى بَعْدَ إِحْصَانٍ، أو قَتْلِ نَفْسٍ بِغَيْرِ نَفْسٍ[1] وَلَمْ يَذْكُرْ فِيها السَّارِقَ.

وَقَالَ ﷺ، فِي السَّرِقَةِ: «فَاحِشَةٌ وَفِيها عُقُوبَةٌ». وَلَمْ يَذْكُرْ قَتْلاً.

وَعَلَى هَذَا جُمْهُورُ أَهْلِ العِلْمِ، فِي الآفاقِ عَلَى المُسْلِمِينَ. والحمدُ للَّهِ رَبِّ العَالمِينَ.

قَالَ مَالِكٌ[2]: الأمْرُ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يَسْرِقُ مِرَاراً ثُمَّ يُسْتَعْدى عَلَيْهِ إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيهِ إِلا أَنْ تُقْطَعَ يَدُهُ، لِجَمِيعِ مَنْ سَرَقَ مِنْهُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ أُقِيمَ عَلَيْهِ الحَدُّ، فَإِنْ كانَ قَدْ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ قَبْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ سَرَقَ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ قُطِعَ أَيْضاً.

قال أبو عمر: لا أَعْلَمُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ خِلافاً بَيْنَ أَهْلِ الفِقْهِ، الَّذِينَ تَدُورُ عَلَى مَذَاهِبِهِم الفَتْوَى بِالأمْصَارِ، وَلا عَلَى مَنْ قَبْلَهُمْ.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

(٢) الموطأ، صفحة ٨٣٦.

وَقَدْ رُوِي أَيضاً مَنْصُوصاً، عَنْ جماعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ، وَهُوَ القِياسُ الصَّحِيحُ؛ لأَنَّ قَطْعَ اليَدِ في السَّرِقَةِ حَقٌّ لِلَّهِ عَزَّ وَجلَّ، فَلَا يُقَامُ إلا مَرَّة؛ لِمَا تَقَدَّمَ، كَالزِّنَى، لا يُقَامُ فِيهِ الحَدُّ إلا مَرَّةً عَلَى الزَّانِي مِراراً، مَا لَمْ يحدّ، فَإِنْ عَادَ بَعْدَ الحدِّ، فَعَليهِ الحَدُّ مَرَّةً آخرى، وَهَكَذا أَبداً فِي السَّرِقَةِ.

وَالزِّنَى أَصْلٌ أَخَرُ مِنَ الإِجْماعِ أَيْضاً، فِي الرَّجُلِ يَطَأُ امْرَأَةً قَدْ نكحَها نِكاحاً فَاسِداً، أَو نِكاحاً صَحِيحاً، أَنَّهُ [يَجِبُ] عَلَيْهِ المَهْرُ بِوَطْءِ مَرَّةٍ، وَلَو وَطَأَها بَعْدَ ذَلِكَ مِرَاراً، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ غَيْرُ ذَلِكَ.

١٥٥٥ ــ مَالِكٌ، أَنَّ أَبَا الزِّنادِ أَخْبَرَهُ؛ أَنَّ عَامِلا لِعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَخَذَ نَاساً فِي حِرَابَةٍ، وَلَمْ يَقْتُلُوا أَحداً، فأَرَادَ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ أَوْ يَقْتُلَ فَكَتَبَ إِلى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِي ذَلِكَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ: لَوْ أَخَذْتَ بِأَيْسَر ذَلِكَ.

قال أبو عمر: لَيْسَ فِي «المُوَطَّأ» مِثْلُهُ فِي المُحارِبِينَ غَيرِ هَذِهِ، وَهِيَ لَمْحَةٌ، كَمَا تَرى، فَلْنَذْكُرْ أَحْكَامَ المُحارِبِينَ بِأَخْصَرَ مَا يقدرُ عَلَيْهِ بِعَوْنِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ.

وَأَمَّا قَوْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، لِعَامِلِهِ فِي المُحَارِبِينَ، الَّذِينَ لَمْ يُقتلُوا: لَو أَخذْتَ بِأَيْسَرَ ذَلِكَ، فَيدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ يَذْهَبُ إِلى تَخْييرِ الإِمَامِ فِي عُقُوبَةِ المُحارِبِينَ، عَلَى ظَاهِرِ القُرْآنِ؛ قَولِهِ عزَّ وجلَّ: **﴿أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ﴾** [المائدة: ٣٣].

[فَقَالَتْ طَائِفَةٌ] قَدِ اخْتَلَفَ السَّلَفُ، وَمَنْ بَعْدَهُم منَ العُلماءِ، فِي حُكمِ المُحَارِبِ إِذَا أَخَذَ فِي حِرابَتِهِ قَبْلَ أَنْ يَتُوبَ، واخْتَلَفُوا فِي مَنْ عَنَى اللَّهُ عَزَّ وَجلَّ بِقَولِهِ: **﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ﴾** [المائدة: ٣٣].

فَقَالتَ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ: نَزلَتْ فِي الكُفَّارِ المُرْتَدِّينَ، الَّذِين أَغَارُوا عَلى لِقَاحِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَقَتَلُوا الرُّعَاةَ، وَكَفَرُوا بَعْدَ إِيمانِهِمْ، فَمَنْ: كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ، فَقَدْ حَارَبَ اللَّهَ عَزَّ وَجلَّ وَرَسُولَهُ، فَإذا جَمعَ السَّعْي فِي الأَرْضِ بِالفَسَادِ، وَهُوَ الخُرُوجُ عَنِ المُسْلِمِينَ، وَقَطْعُ الطَّرِيقِ، وَإِخَافَةُ السُّبُلِ، فَهُوَ مِمَّنْ عني بالآية.

وَاحْتَجُوا بِحَدِيثِ أَنسٍ، رَوَاهُ ثَابِتٌ البنانيّ وَأَبُو قلابَةَ، وَقَتَادَةُ بن دَعامَةَ عَنْ أَنسٍ، أَنَّ نَفَراً مِنَ عُكَلٍ، وَعُرَيْنَةَ قَدموا المَدِينَةَ، فَتَكَلَّمُوا بِالإِسْلامِ، وَكَانُوا أَهْلَ ضرعٍ،

١٥٥٥ ــ الحديث في الموطأ برقم ٣١، من الكتاب والباب السابقين.

وَلَمْ يَكُونُوا أَهْلَ إِلفٍ فَاجْتَوَوا[١] المَدِينَةَ، فَأَمَرَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِزودٍ ولقاحٍ، وأَنْ يخرجُوا مِنَ المَدِينَةِ، فَيَشْرَبُوا مِنْ أَلْبَانِها وأَبْوَالِها.

وَقَالَ بَعْضُهم، فِي هَذَا الحَدِيثِ: فَأَمَرَهُم رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، أَنْ يَخْرجُوا إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ، فَيَشْرَبُوا مِنْ أَلْبَانِها وَأَبوالِها، فَانْطَلَقُوا، فَلَمَّا كَانُوا بِنَاحِيَةِ الحَرَّةِ، كَفَرُوا بَعْدَ إِسْلامِهِمْ، وَقَتَلُوا رَاعِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَاسْتَاقُوا الإِبِلَ مُرْتَدِّينَ، فَبَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي أَثرِهِمْ، فَأُدْرِكُوا، [وَأُتِي بِهِمْ] فَقَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ، وَسَمَلَ أَعْيُنَهُمْ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ، وَسَمَرَ أَعْيُنَهُمْ، وَتَرَكُوا بِناحيةِ الحرَّةِ يَكْدمونَ حجارَتها حتَّى مَاتُوا[٢].

قَالَ قَتَادَةُ: فَبَلَغَنَا أَنَّ هَذِهِ الآيَةَ نَزَلَت فِيهِمْ: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا﴾ [المائدة: ٣٣].

وَمِمَّنْ قَالَ: إِنَّ الآيَةَ نَزَلَتْ فِي أَهْلِ الكُفْرِ؛ الحَسَنُ، وَعَطَاءٌ.

وَقَالَ أَكْثَرُ أَهْلِ العِلْمِ: نَزَلَتْ فِي كُلِّ مَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ، وَأَخَافَ السَّبِيلَ، وَأَخَذَ المَالَ؛ قَتَلَ أَو لَمْ يَقْتُلْ، عَلَى مَا نَذْكُرُ.

فَمِن اخْتِلافِهِمْ فِي جَزَاءِ المُحارِب، هَلْ هُوَ عَلَى الاسْتِحْقَاقِ، أو عَلَى تَخْيِيرِ الإِمَامِ فِيهِ.

وَأَنْكَرَ الفُقَهَاءُ، أَنْ تَكُونَ الآيَةُ نَزَلَتْ فِي أَهْلِ الشِّرْكِ؛ لأَنَّ اللَّهَ عزَّ وجلَّ، قَالَ فِي المُحَارِبِينَ: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ ۖ فَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤].

وَقَدْ أَجْمَعَ عُلماءُ المُسْلِمِينَ، عَلَى أَنَّ الكُفَّارَ إِذَا انْتَهوا، وَتَابُوا مِنْ كُفْرِهِمْ، غُفِرَ لَهُمْ كُلُّ مَا سَلَفَ، وَسَقَطَ عَنْهُمْ كُلّ مَا كَانَ لَزِمَهُمْ فِي حَالِ الكُفْرِ، مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ، وَحُقُوقِ المُسْلِمِينَ قبْلَ أَنْ يَقْدِرُوا عَلَيْهِم، [وَبَعْدَ أَنْ يقدرُوا عَلَيْهِم]، وَيَصِيرُوا فِي أَيْدِي المُسْلِمِينَ، فَلا يَحلُّ قَتْلُهم بإِجْمَاعِ المُسْلِمِينَ، وَلا يُؤخَذُ بِشَيءٍ جَنُوهُ، فِي مَالٍ أو دم، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الآيَةَ تَنزِلُ فِي أَهْلِ الشِّرْكِ وَالكُفْرِ.

وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ؛ لأَنَّ المُحَارِبِينَ يُؤْخَذونَ بِكَثِيرٍ مِنْ ذَلِكَ، مِمَّا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ:

---

(١) اجتووا: أي كرهوا الإقامة فيها لمرض أصابهم، من الجوى، وهو داء في الجوف.

(٢) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في الوضوء باب ٦٦، والزكاة باب ٦٨، والجهاد باب ١٥٢، والطب باب ٦، والحدود باب ١٧، ومسلم في الإيمان حديث ١٨٤، والقسامة حديث ٩، ١١، وأبو داود في الحدود باب ٣، والترمذي في الطهارة باب ٥٥، والأطعمة باب ٣٨، والطب باب ٧، والنسائي في الطهارة باب ١٩٠، والتحريم باب ٧، ٨، ٩، وابن ماجه في الحدود باب ٢٠، وأحمد في المسند ١/١٩٢، ٣/١٠٧، ١٦١، ١٧٧، ١٩٨، ٢٠٥، ٢٨٧، ٢٩٠، ٣٧٠.

لإجماعِ العُلماءِ ـ مَا وجدَ فِي أيْدِيهم مِنْ أمْوَالِ المُسْلِمِينَ، وَأهْلِ الذِّمَّةِ أيْضاً.

وَقَالَ مَالِكٌ: يُؤْخَذُونَ بِالدَّمِ، إِذَا طَلَبَهُ وَلِيُّهُ.

وَقَالَ اللَّيْثُ: لا يُؤْخَذُونَ بِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تضعُ عَنِ المُحارِبِ تَوْبَتُهُ حَدَّ اللَّهِ عزَّ وجلَّ، الَّذِي وَجَبَ لِمحُارَبَتِهِ، وَلا تُسْقِطُ عَنْهُ حُقُوقَ بَنِي آدَمَ.

وَقَالَ أبُو حَنِيفَةَ: إنْ لَمْ يَقْدرِ الإمامُ عَلَى قُطَّاعِ الطَّرِيقِ، حَتَّى جَاؤوا تَائِبِينَ، وَضَعتْ عَنْهُم حُقُوق اللَّهِ عزَّ وجلَّ، الَّتِي كَانَتْ تُقَامُ عَلَيْهِم [لَو لَمْ يَتُوبُوا، وَيَرْجِعُ حُكْمُ مَا أصَابُوا مِنَ القَتْلِ وَالجِراحِ إلى أوْلِيَاءِ المَقْتُولِينَ وَالمَجْرُوحِينَ؛ فَيكُونُ حُكْمُهُمْ فِي ذَلِكَ كَحُكْمِهِمْ لَو أصَابُوا ذَلِكَ؛ عَلَى غَيْرِ قَطْعِ الطَّرِيقِ.

قال أبو عمر: هَذَا كُلُّهُ لَيْسَ هُوَ الحُكْم عِنْدَ أحَد مِنَ العُلماءِ، فِي مَنْ أسْلَمَ مِنَ الكُفَّارِ قَبْلَ أنْ يقدرَ عَلَيْهِ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى فَسادِ قَوْلِ مَنْ قَالَ: نَزَلَتِ الآيَةُ فِي أهْلِ الشِّرْكِ.

وَقَالَ الفُقهاءُ [وَأهْلُ] اللُّغَةِ: مَعْنَى قَوْلِهِ عَزَّ وجلَّ: ﴿يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ﴾ [المائدة: ٣٣]. يُحارِبُونَ[أهْلَ] دِينِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ.

وَأمَّا اخْتِلافُ العُلماءِ، فِي جَزَاءِ المُحارِبينَ؛ هَلْ هُوَ عَلَى قَدْرِ الاسْتِحْقَاقِ؟ أمْ عَلَى تَخْيِيرِ الإمَامِ؟.

فَرُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَمُجاهِدٍ، وَالحَسَنِ، وَسَعِيد بْنِ المُسَيَّبِ، وَعَطَاءٍ، وَإبْرَاهِيمَ، أنَّ الإمَام مُخيَّرٌ، يحكمُ فِيهم بِما شَاءَ مِنَ الأوْصَافِ الَّتِي ذَكَرَ اللَّهُ عزَّ وجلَّ فِي الآيَةِ؛ مِنَ القَتْلِ، أو الصَّلْبِ، أو القَطْعِ، أو النَّفْيِ.

وَ «أو» عِنْدَ هَؤُلاءِ لِلتخْيِيرِ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِذَلِكَ؛ مَالِكٌ، وَاللَّيْثُ، وأبُو ثَوْرٍ.

قَالَ مَالِكٌ: ذَلِكَ إلى اجْتِهَادِ الإمَامِ؛ يَسْتَشِيرُ بِذَلِكَ أهْلَ العِلْمِ وَالرَّأْيِ، وَالفَضْلِ، عَلَى قَدرِ جرم المُحارِبِ وَإفْسادِهِ.

وَلَيْسَ ذَلِكَ إلى سِوى الإمامِ.

قَالَ مَالِكٌ: الفَسادُ فِي الأرْضِ: القَتْلُ، وَأخْذُ المَالِ؛ قَالَ اللَّهُ عزَّ وجلَّ: ﴿وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي ٱلْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ ٱلْحَرْثَ وَٱلنَّسْلَ ۗ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ﴾[البقرة: ٢٠٥].

وَقَالَ عزَّ وجلَّ: ﴿مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢].

قال أبو عمر: مَعْناهُ أو بِغَيْرِ فَسادٍ فِي الأَرْضِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الفَسَادَ فِي الأَرْضِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَتْلا، فَهُوَ كَالقَتْلِ، وَالفسَادُ المُجْتَمعُ عَلَيْهِ هُنَا: قَطْعُ الطَرِيقِ، وَسَلْبُ المُسْلِمِينَ، وَإِخَافَةُ سبلِهِم.

والقَوْلُ الثّانِي: أَنَّ الحُكْمَ فِي المُحَارِبِ، أَنَّهُ إِنْ قَتَلَ، قُتِلَ، وإِنْ أَخَذَ المَالَ وَقُتَلَ وَصُلِبَ، وَإِنْ أَخذَ المَالَ، وَلَمْ يَقْتُلْ، قُطِعَتْ يَدُه وَرِجْلُهُ مِنْ خِلاف، وَإِنْ أَخَافَ السَّبِيلَ فقطْ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ غَيْرُ النَّفْي.

وَرُوِيَ هَذَا أَيْضاً عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَمُجَاهِدٍ [وَعَطَاءٍ، وَإِبْراهِيمَ النَّخعِيِّ، وَالحَسَنِ البَصْرِيِّ.

وَهُوَ قَوْلُ أَبِي مُجالِدٍ، وَالضَّحاكِ،]وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، وَقَتَادَةَ.

وَهُوَ قَوْلُ أَهْلِ العِلْمِ.

وَ «أو» عِنْدَ هَؤُلاءِ لِلتفْصِيلِ.

وَإِلى هَذَا ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، [وَالأَوْزَاعِيُّ]، وَأَصْحَابُهما، وَالثَّوْرِيُّ، [وَأَحْمَدُ]، وَإِسْحَاقُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقامُ عَلَيْهِم الحُدُود؛ عَلَى قَدْرِ اخْتِلافِ أفْعَالِهِمْ مَنْ قَتَلَ مِنْهُمْ وَأَخذَ المَالَ، قُتِلَ وَصُلِبَ، وَإِذَا قَتَلَ وَلَمْ يَأْخُذْ مَالاً، قُتِلَ، وَدُفعَ إِلى [أَوْلِيَائِهِ] يَدْفنُوهُ، وَمَنْ أَخذَ مَالا وَلَم يقْتُلْ، قُطِعَتْ يَدُهُ وَرِجْلُهُ مِنْ خِلافٍ، فِي مكانٍ وَاحِدٍ، وَحُسِمع عَلَى عضوُه بِالنَّارِ قَبْلَ أَنْ يقطعَ الآخر، وَمن حَضَرَ، وكثَرَ وهيبَ، وَكانَ رِدءاً عُزِّر وحُبِسَ.

قال أبو عمر: نَحو هذَا قَوْلُ الكُوفِيِّينَ، وَسَائِرِ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ الفُقَهاءِ، وَالنَّفْيُ عِنْدَهُم: أَنْ يحبسُوا حتَّى يَحْدِثُوا تَوْبَةً.

وَقَالَ مَالِكٌ: النَّفْيُ أَنْ يخْرجَ إِلى بَلَدٍ آخَرَ، ويَحْبسَ هُنَاكَ فِي [السِّجْن].

وَقَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ الأَنْصَارِيُّ: يُنْفَى مِنْ بَلَدِهِ إِلى بَلَدٍ غَيْرِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ حَبْساً.

وَقَالَ عَبْدُ المَلِكِ بْنُ الماجشُونِ: قَوْلُ أَبِي، وَابْنِ دِينارٍ، وَالمُغيرة، أَنَّ نَفْيَ المُحاربِ [إِنَّما هَوَ أَنْ] يَطْلُبَه الإِمامُ؛ لإِقَامَةِ الحَدِّ [عَلَيْهِ] فيهربُ، وَلَيس كَنَفْيِ الزَّانِي البِكْرِ.

وَهُوَ قَولُ ابْنِ شِهابٍ.

قال أبو عمر: فِي صلْبِ المُحارِبِ أَقْوالٌ لأَهْلِ العِلْمِ، وَكَذَلِكَ فِي نَفْيِهِ أَيْضاً لأَهْلِ العِلْم أَقْوالٌ واعتِلالاتٌ وَتَوْجِيهاتٌ، وَاخْتَصرْنا ذَلِكَ كُلَّهُ؛ خَوْفَ الإِطَالَةِ، وَشَرْطُنا الاخْتِصارُ وَالإِشَارَةُ إِلى مَا أَشارَ إِلَيهِ مَالِكٌ، رَحمهُ اللَّهُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأمْرُ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يسْرِقُ أَمْتِعَةَ النَّاسِ، الَّتِي تَكُونُ مَوْضُوعَةً بِالأَسْوَاقِ مُحْرَزَةً، قَدْ أَحْرَزَهَا أَهْلُهَا فِي أَوْعِيَتِهِمْ، وَضَمُّوا بَعْضَهَا إِلى بَعْضٍ: إِنَّهُ مَنْ سَرَقَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئاً مِنْ حِرْزِهِ، فَبَلَغَ قيمته مَا يَجِبُ فِيهِ القَطْعُ، فإِنَّ عَلَيْهِ الْقَطْعَ، كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ عِنْدَ مَتَاعِهِ أو لَمْ يَكُنْ، لَيْلا ذَلِكَ أو نَهاراً.

قال أبو عمر: الحُجَّةُ فِي قولِهِ هَذَا حَدِيثُ صفوانَ بْنِ أُمَيَّةَ، إِذْ سُرِقَ رِدَاؤُهُ مِنْ تحت رَأْسِهِ، أو مِنْ تَحْتِ تَوَسُّدِهِ، وَهُوَ نَائِمٌ، وَالنَّائِمُ كَالغَائِبِ عَنْ مَتَاعِهِ، وَغَلْقُ الوِعَاءِ عَلَى المتَاعِ، كَغَلْقِ بَابِ الدَّارِ والبَيْتِ.

وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّ مَنْ فَتَحَ بَابَ دَارٍ، أو بَيتٍ وَسَرَق مِنْهُ مَا يبلُغُ المِقْدَارِ، أَنَّهُ يُقْطعُ، وَقَدْ أبى كَثِيرٌ مِنَ الفُقهاءِ، أَنْ يَجْعَلُوا ذَلِكَ خرزاً، إِذَا غَابَ عَنْهُ صَاحِبُهُ، وَلَمْ يَكُنْ عقَلَهُ وَلا تَحْتَ حرْزِهِ، وَقفله.

وَهذِهِ مِنْ مَسَائِل الرَّأْيِ، يَسُوغُ فِيها الاجْتِهَادُ.

وَالأَصْلُ عِنْدِي، فِي هَذَا، وَمَا كَانَ مِثْلَهُ أَنْ لا يراقَ دَمُ السَّارِق المُسْلِمِ، إلا بِيَقِينٍ، وَالتَّيَقُنُ أَصْلُ أو قِيَاسٌ غَيْرُ مَدْفُوعٍ عَلَى أَصْلٍ؛ لأَنَّ الخَطَأَ فِي العَفْوِ، خَيْرٌ وَأَيْسَرُ مِنَ الخَطَأ فِي العقُوبَةِ.

وَقَدْ أَجْمَعَ العُلَماءُ، عَلَى أَنَّ كُلَّ سَرِقَةٍ لا قَطْعَ فِيها، فَالغُرْمُ وَاجِبٌ عَلَى مَنْ سَرَقَها مُوسِراً كَانَ أو مُعْسِراً.

قَالَ مَالِكٌ[2]، فِي الَّذِي يَسْرِقُ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ فِيهِ الْقَطْعُ، ثُمَّ يُوجَدُ مَعَهُ مَا سَرَقَ فَيُرَد إِلى صَاحِبِهِ: إِنَّهُ تُقْطَعُ يَدُهُ.

وَاحْتَجَّ مَالِكٌ لِقَولِهِ هَذَا بِالشَّارِب، يُوجَدُ مِنْهُ رِيحُ الشَّرابِ، فَيحدُّ، وَهَذا لَيْسَ بِحُجَّةٍ عِنْدَ مُوافِقِيهِ، فَضْلاً عَنْ مخالِفيهِ.

وَالقَطْعُ وَاجِبٌ عِنْدَ العُلماءِ، عَلَى كُلِّ سَارِقٍ، أَخْرَجَ المَتَاعَ مِنْ حرْزِه، وَهُوَ حَقٌّ لِلَّهِ عزَّ وَجلَّ، وَلَيْسَ للآدميِّ فِي القَطْع حَقٌّ، فَإِنْ وَجدَ مَتاعَهُ أَخَذَهُ بِإِجْمَاعٍ، لَيْسَ لَهُ غَيْرُ ذَلِكَ، وَلا لَهُ العفْوُ عَنِ السَّارِقِ، إِذَا بَلَغَ السُّلْطَانَ، وَهُوَ وَغَيْرُهُ، فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ.

وَاخْتَلَفَ العُلماءُ فِي السَّارِقِ تُقْطَعُ يَدُهُ، وَقَد اسْتَهلَكَ المَتَاعَ.

فَقَالَ مَالِكٌ: يغرمُهُ إِنْ كَانَ مَلِيئاً فِي حِينِ الْقَطْعِ، أو فِي حِينِ الحُكْم، وَإِنْ كَانَ مُعْسراً، لَمْ يتبعْ [بِشَيءٍ] مِنْ قِيمَةِ السَّرِقَةِ.

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٣٦.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يتبعُ بِهِ دَيْناً إذَا اسْتهلَكَهُ، وَيَلْزَمُهُ غُرْمُ مَا سَرَق ملياً أو مَعْدماً؛ لأنَّ القَطعَ حَقٌّ لِلَّهِ عزَّ وَجلَّ، وَالغرْمُ حَقٌّ للمسروقِ مِنْهُ.

قَالَ: وَقَدْ أجْمَعُوا أنَّهُ لَو وَجَدَهُ رَبُّهُ بِيَدِ السَّارِقِ، أخَذَهُ، وإنْ قُطِعَتْ يَدُهُ بِهِ، وَكَذَلِكَ إذَا اسْتَهْلَكَهُ يغْرمُهُ في حَالِ اليُسْرِ وَالعُسْرِ، كَسَائِرِ المُسْتَهلكاتِ مِنْ أمْوالِ المُسْلِمِينَ.

وَبِهِ قَالَ أبُو ثَوْرٍ، وَأحْمَدُ، وَإسْحَاقُ.

وَهُوَ قَوْلُ إبْرَاهِيمَ النخعيِّ وحَمَّاد بْنِ أبي سُلَيْمانَ، وَيَحْيى بْنِ سَعِيدِ الأنْصَارِيِّ، وَاللَّيْثِ بْن سَعْدٍ، وَعُثْمانَ البتيِّ.

وقَالَ سُفْيانُ الثوريُّ، وَالحَسنُ بْنُ صَالِحِ بن حي، وَأبُو حَنِيفةَ وَأصْحَابُهُ: إذَا قُطِعَتْ يَدُ السَارِقِ، فَلا غرْمَ عَلَيْهِ، ملياً وَلا عَدِيماً، إلاَ أنْ يُوجَدَ الشَّيْءُ مَعَهُ، فَيُؤْخَذُ مِنْهُ.

وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ، والشَّعْبيِّ، وابْنِ سِيرِينَ، وَمكْحُولٍ.

وَبِهِ قَالَ ابْنُ أبِي لَيْلَى، وَابْنُ شبْرُمةَ.

وَحجَّةُ مَنْ قَالَ بِهَذَا القَوْلِ، مَا حدَّثنا أبو مُحمدٍ؛ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحمدٍ [بْنِ أسيدٍ]، قَالَ: حدَّثني حَمْزَةُ بْنُ عَلِيٍّ، قَالَ: حدَّثني أحْمَدُ بْنُ شعيبٍ، قَالَ: حدَّثني أحْمَدُ بْنُ مَنْصُورٍ، قَالَ: حدَّثني حسانُ بْنُ عُبيدِ اللَّهِ، قَالَ: حدَّثني المفضلُ بْنُ فضالة، عَنْ يُونُسَ بْنِ يَزِيدَ، قَالَ: سَمِعْتُ سعد بْنَ إبْراهيمَ يُحَدِّثُ عَنِ المسورِ بْنِ إبْرَاهِيمَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ عَوْفٍ، أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: «لا يَغْرَمُ السَّارِقُ، إذَا أقِيمَ عَلَيْهِ الحَدُّ»[1].

قال أبو عمر: هَذَا لَيْسَ بِالقَوِيِّ عِنْدَهُم، وَالمسور بْنُ إبْرَاهيمَ بْنِ عَبْدِ الرحمنِ بْنِ عَوْفٍ، أخُو سَعْدِ بْنِ إبْرَاهيمَ، وَصَالِحُ بْنُ إبْرَاهيمَ، لَمْ يَسْمعْ مِنْ عَبْدِ الرحمن بْنِ عَوْفٍ، وَلَو ثَبَتَ هَذَا الحَديثُ، لَوَجَبَ القَوْلُ بِهِ، وَلَكِنَّهُ عِنْدَهُم غَيْرُ ثَابِتٍ؛ لأنَّهُ مُنْقَطعٌ، وَإنْ كَانَ قَدْ وَصَلَهُ سَعِيدُ بْنُ [كثيرِ، عَنْ] عفيرٍ، عَنِ المُفضلِ، عَنْ يُونُسَ عن سَعْدٍ، عَنْ أخِيهِ المسورِ بْنِ إبْرَاهيمَ، عَنْ أبيه، عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ عَوْف، فَإنْ ثَبَتَ، فَالقَوْلُ بِهِ أوْلَى، وَإلا، فَالقِيَاسُ مَا قَالَهُ الشَّافعيُّ، وَمَنْ تَابعَهُ، وَباللَّه التَّوْفِيقُ.

أخْبَرنَا أحْمَدُ بْنُ مُحمدٍ، قَالَ: حدَّثني أحْمَدُ بْنُ المفضلِ، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ جريرٍ، قَالَ: حدّثني أحْمَدُ بْنُ الحَسَنِ الترمذيُّ، قَالَ: حدَّثني سَعِيدُ بْنُ

(١) أخرجه النسائي في قطع السارق باب ١٨.

كثير [بْنِ عفيرٍ]، قَالَ: حدَّثني مُفضلُ بْنُ فضالَةَ، عَنْ يُونُسَ بْنِ يَزِيدَ، عَنْ سَعْدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، قَالَ: حدَّثني أخِي المسورُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أبيهِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ عَوْفٍ، أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا أُقِيمَ الحَدُّ عَلَى السَّارِقِ، فَلا غُرْمَ عَلَيْهِ».

قَالَ مَالِكٌ[1]: فِي الْقَوْمِ يَأْتُونَ إِلى الْبَيْتِ فَيَسْرِقُونَ مِنْهُ جَمِيعاً، فَيَخْرُجُونَ بِالْعِدْلِ يَحْمِلُونَهُ جَمِيعاً، أو الصّنْدُوقِ أو الْخَشَبَةِ أوْ بِالمِكْتَلِ[2] أوْ مَا أشْبَهِ ذَلِكَ، مِمَّا يَحْمِلُهُ الْقَوْمُ جَمِيعاً: إِنَّهُمْ إِذَا أخْرَجُوا ذَلِكَ مِنْ حِرزِهِ وَهُمْ يَحْمِلُونَهُ جَمِيعاً، فَبَلَغَ ثَمَنُ مَا خَرَجُوا بِهِ مِنْ ذَلِكَ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، وَذَلِكَ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ فَصَاعِداً، فَعَلَيْهِمُ الْقَطْعُ جَمِيعاً.

قَالَ: وَإِنْ خَرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَتَاعٍ عَلَى حِدَتِهِ؛ فَمَنْ خَرَجَ مِنْهُمْ بِمَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِداً [فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ وَمَنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنْهُمْ بِمَا تَبلُغُ قيمَتُهُ ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ] فَلا قَطْعَ عَلَيْهِ.

قال أبو عمر: مِنَ الاختلاف فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، مَا ذكرَهُ المزنيُّ، عَنِ الشَّافِعِيِّ، قَالَ: وإِذَا كَانُوا ثَلاثَةً، فَحملُوا متاعاً، وَأَخْرَجُوهُ مَعاً، فَبَلَغَ ثلاثَةَ أرْبَاعِ دِينارٍ، قطعُوا، وَإِنْ نقصَ شَيْئاً، لَمْ يقطعُوا، وَإِنْ أخْرجُوهُ مُتَفرقاً؛ فَمَنْ أَخْرَجَ مَا يُسَاوِي رُبُعَ دينارٍ، قطعَ، وَإِنْ لَمْ يُساوِ رُبْعَ دِينارٍ، لَمْ يُقْطَعْ، قَالَ: وَلو نقبوا جَمِيعاً، ثُمَّ أخْرَجَ بَعْضُهم، وَلَمْ يُخْرجْ بَعْضٌ، قطعَ المُخْرِجُ خَاصَّةً.

وَأَمَّا أبُو حَنِيفَةَ وأصْحَابُهُ، فذكرَ الطَّحاويُّ عَنْهُم، قَالَ: وَلا قَطْعَ عَلَى جَماعَةٍ سَرَقُوا، حَتَّى يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم [قِيمَةُ] عَشرةِ دَراهِمَ فَصَاعِداً، وَمَنْ سَرقَ مِنْ رَجُلَيْنِ عَشرةَ دَرَاهِمَ، سَرِقةً وَاحِدَةً، قطعَ فِيها.

وَقَالَ فِي مَوْضعٍ آخرَ: وَمَنْ دَخلَ عَلَيْهِ جَماعَةٌ، فَولي رَجُلٌ مِنْهُم أخْذَ مَتاعِهِ، وَحَمْلِهِ، قُطعُوا جَمِيعاً.

قال أبو عمر: هَذَا تَنَاقُضٌ ظَاهِرٌ، وَمِمَّنْ قَالَ بِقَولِ مَالِكٍ، فِي الرَّجُلَيْنِ، أو أكْثَرَ، يَسْرقُونَ مِقْدَارَ رُبْعِ دِينارٍ، أنَّهُم يقْطعُونَ فِيهِ؛ أحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، وَأبو ثَوْرٍ، قِياساً عَلَى القَوْمِ يَشْتَرِكُونَ فِي القَتْلِ، أنَّهُم يقْتلُونَ بِالوَاحِدِ، إِذَا اشْتَرَكُوا فِي قَتْلِهِ.

وَاخْتَلَفَ الفُقهاءُ أيْضاً، فِي النَّفَرِ يَدْخُلُونَ الدَّارَ، وَيَجْمعُونَ المتاعَ وَيَحْملُونَهُ عَلَى أحَدِهِمْ، وَيَخْرُجُونَ مَعَهُ:

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٣٨.

(٢) المكتل: الزنبيل، وهو ما يعمل من الخوص، ويحمل فيه التمر وغيره.

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبو ثَورٍ: القَطْعُ عَلَى الَّذِي أَخْرَجَ المتَاعَ وَحْدَهُ.

واخْتَلَفَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يُقْطَعُونَ كُلُّهُمْ، وَمِنْهُم مَنْ قَالَ: لا يُقْطَعُ، إلا الَّذِي أَخْرَج المتَاعَ.

وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَولُ مَالِكٍ أَيْضاً:

فروى ابْنُ أَبِي أُوَيْسٍ، عَنْهُ، أَنَّهُ قَالَ: يُقطَعُونَ جمِيعاً، قَالَ: إِنَّما ذَلِك بِمَنْزِلَةِ مَا لَو حَملُوهُ عَلَى حِمارٍ، أَو غَيْرِه مِنَ الدَّوَابِّ.

وَرَوى ابْنُ القَاسِمِ عَنْهُ، أَنَّهُ قَالَ: لا يُقْطَعُ إلا الَّذِي حَمَلَهُ وَحْدَهُ.

قَالَ مَالِكٌ[١]: الأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ إِذَا كَانَتْ دَارُ رَجُلٍ مُغْلَقَةً عَلَيْهِ، لَيْسَ مَعَهُ فِيهَا غَيْرُهُ، فَإِنَّهُ لا يَجِبُ، عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْهَا شَيْئاً الْقَطْعُ، حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ مِنَ الدَّارِ كُلِّهَا، وَذَلِكَ أَنَّ الدَّارَ كُلَّهَا هِيَ حِرْزُهُ، فَإِنْ كَانَ معَهُ فِي الدَّارِ سَاكِنٌ غَيْرُهُ، وَكانَ كُلُّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ يُغْلِقُ عَلَيْهِ بَابَهُ، وَكَانَتْ حِرْزاً لَهُمْ جَمِيعاً، فَمَنْ سَرَقَ مِنْ بُيُوتِ تِلْكَ الدَّارِ شَيْئاً يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فَخَرَجَ بِهِ إِلى الدَّارِ، فَقَدْ أَخْرَجَهُ مِنْ حِرْزِهِ إِلى غَيْرِ حِرْزِهِ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ فِيهِ الْقَطْعُ.

قال أبو عمر: هَذَا كُلُّهُ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ، وَأَحْمَدُ، وَإِسْحَاقُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحمدٌ: لاقَطْعَ فِي الدَّارِ المُشْتركة، حَتَى يَخْرُجَ السَّارِقُ بِالسَّرِقَةِ مِنَ الدَّارِ كُلِّها.

قَالَ مَالِكٌ[٢]: وَالأَمْرُ عندَنَا في الْعَبْدِ يَسْرِقُ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهِ: أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَيْسَ مِنْ خَدَمِهِ وَلا مِمَّنْ يَأْمَنُ عَلَى بَيْتِهِ ثُمَّ دُخَلَ سِرّاً فَسَرَقَ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فَلا قَطْعَ عَلَيْهِ وَكَذَلِكَ الأَمَةُ، إِذَا سَرَقَتْ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهَا، لا قَطْعَ عَلَيْهَا.

قال أبو عمر: الجُمْهُورُ مِنَ العُلَمَاءِ الَّذِينَ هُمْ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ شَذَّ عَنْهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ العَبْدَ لا يُقْطَعُ فِي مَا سَرَقَ مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ، وَسَيِّدَتِهِ، وَكَذَلِكَ الأَمَةُ؛ لا قَطْعَ عَلَيْهَا فِي مَا سَرَقَتْ مِنْ مَالِ سَيِّدِهَا وسيِّدَتهَا، مِمَّا يُؤْتَمَنُ عَلَيْه وَمِمَّا لا يُؤْتَمَنُونَ عَلَيْهِ.

وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، [وَاللَّيْثِ]، وَأَبِي حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَصْحَابِهِم]، وَالثَّوْرِيِّ، وَالأَوْزَاعِيِّ، وَأَحْمَدَ وَإِسْحَاقَ، وَإِبْرَاهِيمَ]، وَالطَّبرِيِّ.

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ: يُقْطَعُ العَبْدُ، إِذَا سَرَقَ مِنْ سَيِّدِهِ، إلا أَنْ يَمْنَعَ مِنْهُ إِجمَاعٌ.

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٣٧. (٢) الموطأ، صفحة ٨٣٧، ٨٣٨.

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ: يُقْطَعُ العَبْدُ إِذَا سَرَقَ مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ الَّذِي لَمْ يَأْتَمِنْهُ عَلَيْهِ؛ لِظَاهِرِ قَوْلِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨].

قال أبو عمر: ثَبَتَ عَنْ عُمَرَ، بِمَحْضَرٍ، مِنَ الصَّحَابَةِ قَوْلُهُ: خَادِمُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ، [فَجَعَلوَا] العِلَّةَ المَانِعَةَ [مِنَ القَطْعِ] فِي الغُلامِ الَّذِي شَكَا ابْنِ الحضْرميِّ، وَهُوَ غُلامُهُ أَنَّهُ سَرَقَ مرآةَ امْرَأَتِهِ، قَوْلَهُ: خَادِمُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ.

وَثَبَتَ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ، أَنَّهُ قَالَ فِي عَبْدٍ سَرَقَ مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ: مَالُكَ سَرَقَ بَعْضُهُ بَعْضاً.

وَلا أَعْلَمُ لِعُمَرَ، وَابْنِ مَسْعُودٍ مُخالفاً مِنَ الصَّحَابَةِ، وَلا مِنَ التَّابِعِينَ بَعْدَهُمْ، إِلى مَا ذَكَرْنَا مِنِ اتِّفاقِ[العُلَماءِ]؛ أَئِمَّةِ الفَتْوى بالأَمْصَارِ، عَلَى ذَلِكَ.

وسَيَأْتِي القَولُ، فِي غُلامِ الرَّجُلِ يسْرِقُ مِنْ مَالِ امْرَأَتِهِ، أو خَادِمِ المرأةِ يَسْرِقُ مِنْ مَالِ زَوْجِها، فِي البَابِ بَعْدَ هَذَا، عِنْدَ ذِكْرِ حَدِيثِ ابْنِ الحضْرميِّ مِنْ رِوَايَةِ مَالِكٍ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجَلَّ.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ(١)، عَنْ مَعْمرٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنِ السَّائِبِ بْنِ يَزِيد، قَالَ: شَاهَدْتُ عُمَرَ، وَجَاءَهُ عَبْدُ الله بن عَمْرو الحضْرميُّ بِغُلامٍ لَهُ: فَقَالَ: إِنَّ غُلامِي هَذَا سَرَقَ، فَاقْطَعْ يَدَهُ، قَالَ عُمَرُ: مَا سَرَقَ؟ قَالَ: مرآةَ امْرَأَتِي، [قِيمَتُها] سِتُّونَ دِرْهَماً. قَالَ: أَرْسِلْهُ، فَلا قَطْعَ عَلَيْهِ؛ خَادِمُكُمْ أَخَذَ مَتَاعَكُمْ، وَلَكِنَّهُ لَو سَرَقَ مِنْ غَيْرِكُمْ، قُطِعَ.

قال أبو عمر: هَذَا لا يقولُهُ عُمَرُ مِنْ رَأْيِهِ، وَهُوَ يَتْلُو الآيَةَ فِي السَّارِقِ وَالسَّارِقَةِ، إلا بِتَوْقِيفٍ.

ذَكَرَ عبد الله بْنُ المُبَارِكَ، عَنْ سُفْيَانَ، عَنِ الأعْمش، [عَنْ إِبْراهِيمَ]، عَنْ همام بْنِ الحارِثِ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُرَحْبيل، قَالَ: جَاءَ مَعْقَلُ بْنُ مُقَرِّنٍ، إِلى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ؛ فَقَالَ: عَبْدِي سَرَقَ مِنْ عَبْدي، وَقَالَ ابْنُ نمير، فِي هَذَا الخَبرِ، عَنْ سُفْيانَ بِإِسْنادِهِ هَذَا: غُلامِي سَرَقَ من غلامي فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: لا قَطْعَ عَلَيْهِ، مَالُكَ سَرَقَ بَعْضهُ بَعْضاً.

وَقَالَ مَالِكٌ(٢) فِي الْعَبْدِ لا يَكُونُ مِنْ خَدَمِهِ وَلا مِمَّنْ يَأْمَنُ عَلَى بَيْتِهِ، فَدَخَلَ سِرّاً فَسَرَقَ مِنْ مَتَاعِ امْرأةِ سَيِّدِهِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ: إِنَّهُ تُقْطَعُ يَدُهُ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ أَمَةُ الْمَرْأةِ، إِذَا كَانَتْ لَيْسَتْ بِخَادِمٍ لَهَا وَلا لِزَوْجِها، وَلا مِمَّنْ تَأْمَنُ

---

(١) المصنف ١٠/ ٢١٠، ٢١١.

(٢) الموطأ، صفحة ٨٣٨.

عَلَى بَيْتِهَا، فَدَخَلَتْ سِرّاً فَسَرَقَتْ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدَتِهَا مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فلا قَطْعَ عَلَيْهَا.

قَالَ مَالِكٌ[١]: وَكَذَلِكَ أَمَةُ الْمَرْأَةِ الَّتِي لا تَكُونُ مِنْ خَدَمِهَا وَلا مِمَّنْ تَأْمَنُ عَلَى بَيْتِها، فَدَخَلَتْ سِرّاً فَسَرَقَتْ مِنْ مَتَاعِ زَوْجِ سَيِّدتِهَا مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ: أَنَّهَا تُقْطَعُ يَدُهَا.

قَالَ مَالِكٌ[٢]: وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ، يَسْرِقُ مِنْ مَتَاعِ امْرَأَتِهِ، أو الْمَرْأَةُ، تَسْرِقُ مِنْ مَتَاعِ زَوْجِهَا مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ: إِنْ كَانَ الَّذِي سَرَقَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ مَتَاعِ صَاحِبِهِ، فِي بَيْتٍ سِوَى الْبَيْتِ الَّذِي يُغْلِقَانِ عَلَيْهِمَا، وَكَانَ فِي حِرْزٍ سِوَى الْبَيْتِ الَّذِي هُمَا فِيهِ، فَإِنَّ مَنْ سَرَقَ مِنْهُمَا مِنْ مَتَاعِ صَاحِبِهِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ فِيهِ.

قال أبو عمر: اخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، والمَشْهُورُ مِنْ مَذْهبِهِ، ما ذَكَرَهُ الرَّبيعُ، وَالمزنيُّ عَنه، فِي أَنَّهُ ذَكَرَ قَولَ مَالِكٍ هَذَا، فِي «مُوطَّئِهِ»، وَقَالَ: هَذَا مذْهَبُ مَنْ ذَهَبَ إِلَيْه، وَتَأَوَّلَ قَوْلَ عُمَرَ: خَادِمُكم سَرَقَ مَتَاعَكُمْ؛ أي خَادِمُكُمُ الَّذِي يَلي خِدْمَتَكُمْ، وَأرى ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ عَلَى الاحْتِيَاطِ، أَيْ لا يَقْطَعُ الرَّجُلُ لامْرَأَتِهِ، وَلا المَرْأَةُ لِزَوْجِهَا، وَلا عَبْدٌ وَاحِدٌ مِنْهُما، سَرَقَ مِنْ مَالِ الآخرِ شَيْئاً؛ للأَثَرِ وَالشُّبْهَةِ، وَبخلطَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما صَاحِبه؛ لأَنَّها خِيَانَةٌ لا سَرِقَةٌ.

قَالَ المزنيُّ: وَقَالَ فِي كِتَابِ «اخْتِلافِ الأَوْزَاعِيِّ وَأَبي حَنِيفَةَ»: إِذَا سَرَقَتَ المَرْأَةُ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا، الَّذِي لَمْ يَأْمَنها عَلَيْهِ وَفِي حرْزٍ مِنْها، قطعَتْ.

قَالَ المزنيُّ: هَذَا عِنْدِي أَقْيَسُ.

قال أبو عمر: تَحْصِيلُ مَذْهَب الشَّافِعِيِّ، عِنْدَ أَصْحابِهِ، أَنْ لا قَطْعَ عَلى عَبْدِ رَجُلٍ، سَرَقَ مِنْ [مَتَاعِ] مَال امْرَأَةِ سَيِّدِهِ، وَلا عَبْدِ امْرَأَةٍ سَرَقَ مِنْ مَالِ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ.

وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبي يوسف، وَمُحمدٍ، وَزُفَرَ وسُلَيْمَانَ، وَقَالوا: لا قَطْعَ عَلَى رَجُلٍ سَرَقَ، فِي مَا سَرَقَ، مِنْ مَالِ زَوْجَتِهِ، وَعَلى امْرَأَةٍ سَرَقَتْ، فِي مَا سَرقَتْ، مِنْ مَالِ زَوْجِها.

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ، فِي ذَلِكَ كُلِّه بِقَوْلِ مَالِكٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ: يُقْطَعُ الوَلَدُ، إِذَا سَرَقَ مِنْ مَالِ وَالِدَيْهِ، وَلا يُقْطَعُ الأَبَوَانِ مِمَّا سَرقَا مِنْ وَلَدِهما.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ، وَلا وَلَدِ وَلَدِهِ، وَلا مِنْ مَالِ

---

(١) انظر الحاشية السابقة.

(٢) انظر الحاشية ما قبل السابقة.

أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَأَجْدَادِهِ، مِنْ قبل أيهما كَانَ، وَيَقْطَعُ فِي مَنْ سِوَاهُم مِنَ القَرَابَات.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِي طنبورٍ، وَلا مزمارٍ، وَلا خَمْرٍ، وَلا خنزيرٍ.

وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ، وَإِسْحَاقَ.

وَقَالَ سُفْيانُ الثَّوْرِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ: لا يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَ مِنْ مَالِ ذِي رَحِمٍ مُحَرمةٍ مِنْهُ؛ مثْلَ الخَالَةِ، وَالعَمَّةِ، وَمَنْ كَانَ مِثْلَهما.

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ: يُقْطَعُ كُلُّ مَنْ سَرقَ، إلا أنْ يجْمعُوا عَلَى أحدٍ، فَيسلمُوا للإِجْمَاعِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]، فِي الصبِيِّ الصَّغِيرِ وَالأعْجَمِيِّ الَّذِي لا يُفْصِحُ: أَنَّهُمَا إِذَا سُرِقَا مِنْ حِرْزِهِمَا أَوْ غَلْقِهِمَا، فَعَلَى مَنْ سَرَقَهُمَا الْقَطْعُ، وَإِنْ خَرَجَا مِنْ حِرْزِهِمَا وَغَلْقِهِمَا، فَلَيْسَ عَلَى مَنْ سَرَقَهُمَا قَطْعٌ.

قَالَ: وَإِنَّمَا هُمَا بِمَنْزِلَةِ حَرِيسَةِ الجَبلِ وَالثَّمر الْمُعَلَّقِ.

قال أبو عمر: يَأْتِي القَوْلُ فِي الثَّمرِ المُعلَّقِ، وَغَيْرِ المُعلَّقِ، فِي البَابِ بَعْدَ هَذَا، إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ عِنْدَ قَوْلِ رَسُولِ اللَّه: «لا قَطْعَ فِي ثَمرٍ، وَلا كَثَرٍ». إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وجلَّ.

وَأَمَّا الحريسَةُ؛ فَقَالَ أَبُو عبيدٍ: تُفَسَّرُ تَفْسِيرَيْنِ.

فَبَعْضُهم يَجْعَلُها السَّرِقَةَ بِعَيْنِها يَقُولُ: حرسَ يحرسُ حرساً، إذا سَرَقَ، فَيَكُونُ المَعْنَى أَنَّ مَا سَرَقَ مِنَ المَاشِيَةِ بِالجَبَل، قُطعَ، حَتَّى يَأْوِيها المُرَاحُ.

قَالَ: وَالتَّفْسِيرُ الآخَرُ؛ أَنْ تَكُونَ الحريسَةُ هِيَ المحْرُوسَةُ؛ فَيَقُولُ:

لَيْسَ فِيمَا يُحْرَسُ فِي الجَبَلِ قَطْعٌ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْضِعِ حرْزٍ، وَإِنْ سُرِقَ.

قال أبو عمر: قَدِ اخْتَلَفَ الفُقَهاءُ، فِي الصَّبِيِّ المَمْلُوكِ، وَالأَعْجَمِيِّ، اللذَينَ لا يعْقلانِ، يُسْرَقانِ مِنْ حرْزِهما؛ فَقَالَ جُمْهُورُ الفُقَهاءِ: يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَهما، أو أَحَدُهُما.

وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ، وَالثَّورِيِّ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ، وَأَحْمَدَ وَإِسْحاقَ، وَأَبِي ثَوْرٍ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنِ الحَسَنِ، والشَّعْبِيِّ، وَابْنِ شِهَابِ الزُّهْرِيِّ، هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَا لا يَعْقلانِ، وَلا يميزَانِ، فَإِنْ ميزَا، وَعقلا، فَلا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَهُما، عِنْدَ الكُوفِيِّينَ.

وَأَمَّا اخْتِلافُهُمْ فِي الصَّبِيِّ الصَّغِيرِ الحُرِّ:

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٣٨.

فَقَالَ مَالِكٌ، وَأَصْحَابُهُ: يُقْطَعُ سَارِقُهُ.

وَهُوَ قَوْلُ إِسْحاقَ.

ورُوِيَ ذَلِكَ عَنِ الحَسَنِ، وَالشَّعبيِّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ، وَالثَّورِيُّ: لا يُقْطَعُ سَارِقُ الصَّبِيِّ الحُرِّ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَأَبُو ثَوْرٍ.

وَحَكَاهُ أَبُو ثَوْرٍ عَنِ الشَّافِعِيِّ.

وَهُوَ قَوْلُ عَبْدِ المَلكِ بْنِ المَاجشونِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالأَمْرُ عِنْدَنَا، فِي الَّذِي يَنْبِشُ القُبُورَ: أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ مَا أَخْرَجَ مِنَ الْقَبْرِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فَعَلَيْهِ فِيهِ الْقَطْعُ.

وَقَالَ مَالِكٌ[1]: وَذَلِكَ أَنَّ القبرَ حِرْزٌ لِمَا فِيهِ، كَمَا أَنَّ الْبُيُوتَ حِرْزٌ لِمَا فِيهَا.

قَالَ: وَلا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ مِنَ الْقَبْرِ.

قال أبو عمر: الاخْتِلافُ فِي قَطْعِ النَّبَّاشِ، إِذَا أَخْرَجَ مِنْ القَبْرِ مَا يبلغُ المقْدَارَ المَقْطُوعَ فِيهِ السَّارِق، عَلَى مَا أَصِفُهُ لَكَ.

أَمَّا الجُمْهُورُ مِنَ الفُقهاءِ، وَالتَّابِعِينَ؛ فَيَرَوْنَ قَطْعَهُ؛ مِنْهُم مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُهما.

وَبِهِ قَالَ إِسْحاقُ، وَأَبُو ثَوْرٍ.

وَهُوَ قَوْلُ الحَسَنِ البَصْرِيِّ، وَإِبْرَاهِيمَ النخعيِّ، وَالشَّعْبِيِّ، وَقَتَادَةَ، وَحَمَّادِ بْنِ أَبِي سُلَيمانَ، وَرِوَايَةٌ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ.

وَقَالَ أَحْمَدُ: هُوَ أَهْل أَنْ يقطعَ.

وَرُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ، أَنَّهُ قَطَعَ نَبَّاشاً.

أَخْبَرَنا أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: حدَّثني أَحْمَدُ بْنُ مخلد، قَالَ حدَّثني أَبِي، قَالَ: حدَّثني عَلِيُّ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ، قَالَ: حدَّثني حَجَّاجٌ، قَالَ: حدَّثني هشيمٌ، عَنْ سهيل بن ذكْوَانَ، قَالَ: شَاهَدْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ، قَطَعَ نَبَّاشاً.

وَرُوِيَ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، أَنَّ النَّبَّاشَ كَالمُحارب.

وَكَانَ سُفْيَانُ الثَّوريُّ، [وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ]، لا يَرَوْنَ عَلَى النَّبَّاشِ قَطْعاً.

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٣٨.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، وَمَرْوانَ بْنِ الحَكَمِ.

وَأفْتَى بِهِ ابْنُ شِهابٍ الزُّهْرِيُّ.

قال أبو عمر: احْتَجَّ مَنْ رَأى قَطْعَ النَّبَّاشِ؛ بِقَوْلِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ: ﴿أَلَمْ نَجْعَلِ ٱلْأَرْضَ كِفَاتًا أَحْيَآءً وَأَمْوَٰتًا﴾ [المرسلات: ٢٥، ٢٦] وَأنَّ النَّبِيَّ ﷺ، سَمَّى القَبْرَ بَيْتاً، وَلَيْسَ فِي هَذَا كُلِّهِ مَا يُوجِبُ التسْلِيمَ لَهُ، إلا أنَّ النَّفسَ أشَدُّ سُكُوناً إلى قَوْلِ الأكْثَرِ مِنْ أهْلِ العِلْمِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُبيد اللَّهِ بن زيادٍ، أنَّهُ صَلَبَ نَبَّاشاً، وَلَيْسَ فِي عُبيدِ اللَّهِ بْنِ زيادٍ أُسْوَةٌ، وَلا فِي أبِيهِ قَبْلَهُ.

وَمِنْ حُجَّةِ مَنْ رَأى ألا قَطْعَ عَلَى النَّبَّاشِ؛ لأنَّ المَيِّتَ لا يَصِحُّ لَهُ مِلْكٌ، وَإنَّما يَجِبُ القَطْعُ، عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ مِلْكِ مَالِكٍ. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

١١ ـ باب ما لا قطع فيه

١٥٥٦ ـ مَالِكٌ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ؛ أنَّ عَبْداً سَرَقَ وَدِيّاً[(١)] مِنْ حَائِطِ رَجُلٍ فَغَرَسَهُ فِي حَائِطِ سَيِّدِهِ فَخَرَجَ صَاحِبُ الْوَدِيِّ يَلْتَمِسُ وَدِيَّهُ فَوَجَدَهُ، فَاسْتَعْدَى عَلَى الْعَبْدِ، مَرْوانَ بْنَ الحَكَمِ، فَسَجَنَ مَرْوانُ الْعَبْدَ، وَأرَادَ قَطْعَ يَدِهِ، فَانْطَلَقَ سَيِّدُ الْعَبْدِ إلى رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ. فَسَألَهُ عَنْ ذَلِكَ؟ فَأخْبَرَهُ أنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلا كَثَرٍ» وَالْكَثَرُ الْجُمَّارُ[(٢)]، فَقَالَ الرَّجُلُ: فَإنَّ مَرْوانَ بْنَ الْحَكَمِ أخَذَ غُلاماً لِي وَهُوَ يُرِيدُ قَطْعَهُ، وَأنَا أُحِبُّ أنْ تَمْشِيَ مَعِيَ إلَيْهِ فَتُخْبِرَهُ بِالَّذِي سَمِعْتَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. فَمَشَى مَعَهُ رافِعٌ إلى مروانَ بْنِ الحكمِ، فَقَالَ: أخَذْتَ غُلاماً لِهَذا؟ فَقَالَ نَعَمْ، فَقَالَ: فَمَا أنْتَ صَانِعٌ بِه؟ قَالَ: أرَدْتُ قَطْعَ يَدِهِ. فَقَالَ لَهُ رَافِعٌ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يقُولُ: «لا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلا كَثَرٍ» فَأمَرَ مَرْوانُ بِالْعَبْدِ فَأُرْسِلَ.

١٥٥٦ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٢، من كتاب الحدود، باب ١١ (ما لا قطع فيه)، وقد أخرجه أبو داود في الحدود حديث ٤٣٨٨، والترمذي في الحدود حديث ١٤٤٩، والنسائي في قطع السارق حديث ٤٩٥٨ ـ ٤٩٦٨، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٩٣، والدارمي في الحدود حديث ٢٣٠٤، ٢٣٠٥، ٢٣٠٨، ٢٣٠٩، وأحمد في المسند ٣/ ٤٦٣.

(١) سرق ودياً: أي نخلاً صغاراً.

(٢) الجمار: أي جمار النخل، وهو شحمه الذي يخرج به الكافور، وهو وعاء الطلع من جوفه، سمي جماراً وكثراً لأنه أصل الكوافير، وحيث تجتمع وككثر.

قال أبو عمر: قَدْ ذَكَرْنَا الاخْتِلافَ فِي إِسْنَادِ هَذَا الحَدِيثِ، فِي «التَّمْهِيدِ»، وَذَكَرْنَا طُرُقَهُ، وَاخْتِلافَ النَّاقِلِينَ لَهَا؛ فَمِنْهَا مُرْسَلٌ مُنْقَطِعٌ، وَمِنْهَا مَا يَسْتَنِدُ مِنْ وَجْهٍ، وَيَتَّصِلُ، وَهُوَ حَدِيثٌ لا يُطَابِقُ مَتْنُهُ وَلَفْظُهُ المَعْنَى الَّذِي خَرجَ عَلَيهِ؛ لأنَّ المَسْرُوقَ كَانَ وَدِيّاً، وَالوَدِيُّ: الفصيلُ، وَهُوَ النَّخلَةُ الصَّغِيرَةُ، كَالنقلِ مِن شَجَرِ التِّينِ وَغَيْرِها، قَلَعَهُ الَّذِي سَرَقَهُ، وَغَرَسَهُ فِي حَائِطِ سَيِّدِهِ.

وَالثَّمَرُ المُعَلَّقُ؛ مَا كَانَ مِنَ الثمارِ فِي رُؤُوسِ الأشْجَارِ، لَمْ يجذّهُ رَبُّهُ وَلَمْ يَأْوِيهِ صَاحِبُهُ إلى جَرِينٍ، ولا بيدر، ولا جودان، ولا أندر ولا مربد. وَإِنَّما قائمٌ يتعلقُ مِنْ الأشْجارِ وَالكَثرِ.

قَالَ أبُو عُبيدٍ، وَغَيْرُهُ: هُوَ جُمَّارُ النَّخْلِ فِي كَلامِ الأنْصَارِ، وَهُوَ يُؤْكَلُ عِنْدَهُم، كَمَا تُؤْكَلُ الثِّمَارُ، وَالوَدِيُّ لَيْسَ كَذَلِكَ.

وَاخْتَلَفَ الفُقَهاءُ، فيمن سَرَقَ شَجَرَةً مَقْلُوعَةً، أو غَيْرَ مَقْلُوعَةٍ.

وَاخْتَلَفُوا أَيْضاً فيما يُؤْكَلُ مِنَ الثِّمارِ رطباً، وَفِي مَا يَكُونُ مِنَ الحِيطَانِ لأشْجَارِها وَثِمارِها؛ فَنُورِدُ مِنْ ذَلِكَ، ما حَضَرَنا ذِكْرُهُ، وَباللَّهِ عزَّ وَجلَّ تَوفِيقُنا.

قَالَ مَالِكٌ: لا قَطْعَ فِي النَّخلَةِ الصَّغِيرَةِ وَلا الكَبِيرَةِ، إذَا قَلَعَهَا مِنْ مَوْضِعِها.

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِي الشَّجَرَةِ [تُقْلَعُ]، وَتُوضَعُ فِي الأرْضِ؛ فَقَالَ بَعْضُهم: وَضْعُها فِي الأرْضِ حرزٌ لَها، إذَا كَانَ فِي مَوْضعٍ محْرُوزٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَالَ بَعْضُهم: لا قَطْعَ فِيها عَلَى حَالٍ، وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي مَنْ [قَلَعَ] شَيْئاً مِنَ البقُولِ القَائِمَةِ، وَالشَّجرِ القَائِمَةِ، أَنَّهُ لا قَطْعَ عَلَى سَارِقِها، كَمَا لا قَطْعَ فِي الثَّمَرَ المُعَلَّقِ، حَتَّى يَأْوِيَهُ الجَرِينُ، وَلا فِي حريسةِ الجَبَلِ مِنَ المَاشِيَةِ كُلِّها، حَتَّى يَأْوِيَها المُراحُ وَالجَرِينُ.

وَالمراحُ والجرين حرزٌ عَلَى مَا يُسْرَقُ مِنْهُ لِمَنْ سَرَقَ مِنْهُ، وَفيه مَا يُوجِبُ القَطْعَ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ؛ فَقَالَ: الأصْلُ أَنَّهُ لا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ غَيْرِ حرزٍ.

وَالجَرِينُ حرزٌ لِمَا فِيهِ، وَالمُرَاحُ حرزٌ لِمَا يَحْوِيهِ مِنَ الغَنَمِ.

قَالَ: وَالَّذِي تَعْرِفُهُ العَامَّةُ بِالحِجَازِ أَنَّ الجَرِينَ حرزٌ، وَالحَائِطُ لَيْسَ بِحرْزٍ.

قَالَ: وَالحَوَائِطُ لَيْسَتْ بِحرزٍ لِلنَّخْلِ، وَلا للثَّمرِ؛ لأنَّ أَكْثَرَها مُباحٌ، يدْخلُ مِنْ جَوَانِبِها، فَمَنْ سَرَقَ مِنْ حائط شَيْئاً مِنَ الثَّمرِ المُعَلَّقِ، لَمْ يقْطَعْ، وَإِذَا أَوَاهُ الجَرِينُ، قُطعَ سَارِقُهُ إِذَا بَلَغتْ قيمَتُهُ رُبْعَ دِينَارٍ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: قَالَ مَالِكٌ، فِي الأتْرجَةِ، الَّتِي قَطَعَ فِيها عُثْمانُ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَت أترجَةً تُؤكَلُ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى قَطع منْ سَرَقَ الرُّطبَ مِنْ طَعامٍ أو غَيْرِهِ، إِذَا بَلَغَتْ سَرِقَتُهُ رُبْعَ دِينارٍ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ؛ فَقَالُوا: لا قَطْعَ فِي سَرِقَةِ ثَمَرٍ مِنْ رُؤُوسِ النَّخْلِ، وَلا فِي حنْطَةٍ، إِذَا كَانَتْ سُنْبُلاً فِي سُنْبُلتها، وَلا فِي ثَمَرٍ، وَلا فِي كَثَرٍ، فَإِذا أُحْرِزَ الثَّمْرُ، وَجُعِلَ فِي حَظِيرَةٍ، وَأُغْلِقَ بَابٌ، كَانَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْهُ مَا بَلَغَ عشرةَ دَرَاهِمَ، القَطْعُ.

[قَالُوا: وَلا] قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مَا يفْسدُ مِنَ الفَاكِهَةِ، وَاللَّحْمِ، وَالطَّعامِ الَّذِي هُوَ كَذَلِكَ، وَإِنْ غَلَتْ قِيمَتُهُ، وَلا قَطْعَ فِي شَيْءٍ مِنَ الخَشَبِ، إلا فِي السّاجِ وَحْدَهُ؛ فَمَنْ سرقَ منهُ مَا يُساوِي عشرةَ دَرَاهِمَ، قُطِعَ.

قَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي «الإِمْلاءِ»: القِثَّاءُ مِثْلُ السَّاجِ، يُقْطَعُ سَارِقُهُ.

وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ فيما لا بَقاءَ لَهُ مِنَ الفَاكِهَةِ، كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَهُمْ فِي بَابِ: مَا لا قَطْعَ فِيهِ. أَقْوَالٌ ضَعِيفَةٌ جِدّاً.

وإِنَّما ذَكَرْنَا فِي هَذَا البَابِ، مَا يُؤْكَلُ مِنَ الثّمارِ، وَذَكَرْنا مِنَ الخَشَبِ؛ لما جَرى فِي الحَدِيثِ المَذْكُورِ فِيهِ مِنْها.

وَلَمْ نَتَعَرَّضْ لِغَيْرِ ذَلِكَ خَشْيَةَ الإِطَالَةِ؛ لأَنَّ كِتَابَنَا هَذَا، [كِتَابُ] «أُصُولِ الفِقْهِ»، لَمْ يُوضَعْ لِفُروعِهِ؛ لأَنَّها لا تُحصى، إلا بِمَعْرِفَةِ أصُولِها، وَاللَّهُ [وَلِيُّ العَوْنِ وَالتَّوفيق، لا شَريكَ لَهُ].

١٥٥٧ ـ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ السَّائِبِ بْنِ يَزِيدَ؛ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرو بْنِ الْحَضْرَمِيِّ جاءَ بِغُلامٍ لَهُ إلى عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، فَقَالَ لَهُ: اقْطَعْ يَدَ غُلامي هَذَا، فَإِنَّهُ سَرَقَ، فَقَالَ عُمَرُ: مَاذَا سَرقَ؟ فَقَالَ سَرَقَ مِرآةً لامْرَأَتِي، ثَمَنُها سِتُّونَ دِرْهَماً، فَقَالَ عُمَرُ: أَرْسِلْهُ. فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ (خَادِمُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ).

قال أبو عمر: قَدْ تَقَدَّمَ القَوْلُ فِي [هَذَا المَعْنَى]، فِي البَابِ قَبْلَ هَذَا، وَهُوَ يَشْهَدُ بِأَنَّ العَبْدَ [لا قَطْعَ عَلَيْهِ]، فِي مَالِ زَوْجِ سَيِّدِهِ، وَلا مَعْنى لِقَوْلِ مَنِ اعْتَلَّ فِيهِ بِالحِرْزِ؛ لأَنَّهُ لا يُقْطَعُ عِنْدَهُم أَحَدٌ سَرَقَ مِنْ غَيْرِ حِرْزٍ، عَبْدٌ وَلا حُرٌّ.

وَيَدُلُّ هَذَا عَلَى أَنَّ مَا لَمْ يقطعْ فِيهِ بِالسّيِّدِ، لَمْ يُقْطَعْ فِيهِ غُلامُهُ، فَلَمَّا كَانَ السَّيِّدُ لا يُقْطَعُ فِي مَالِ امْرَأَتِهِ؛ لأَنَّهُ خَائِنٌ، فَفَعَلَ ذَلِكَ كَانَ عَبْدُهُ كَذَلِكَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

١٥٥٧ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٣، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٨٢.

وَقَدْ ذَكَرْنَا مَنْ قَالَ بِهَذا القَوْلِ، وَمَنْ خَالَفَ فِيهِ مِنَ العُلَمَاءِ، فِي البَابِ قَبْلَ هَذَا، وَالحَمْدُ للَّهِ كَثِيراً.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ، رَحمهُ الله، فِيمَا ذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَم عَنْهُ: مَنْ أَدْخَلَ رَجُلاً مَنْزِلَهُ، فَعَمدَ إِلى تَابُوتٍ فِي البَيْتِ صَغِيرٍ أو كَبِيرٍ، فَدقهُ، فَأَخَذَ مَا فِيهِ، فَلا قَطعَ عَلَيْهِ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ إِذَا عَمَدَ إِلى خزانةٍ مُغْلَقَةٍ، فَكَسَرَها، وَأَخَذَ مَا فِيها، فَلا قَطْعَ عَلَيْهِ.

وَمَنْ أَغْلَقَ حَانُوتَهُ، وَرَفَعَ مَفَاتِحَهُ إِلى أَجِيرٍ لَهُ، فَخالَفَهُ إِليهِ، فَسرقَ مِنْهُ، فَلا قَطْعَ عَلَيْهِ.

قال أبو عمر: الغُلامُ السَّارِقُ مِنْ مَتاع امْرَأةِ سَيِّدِهِ، وَهُوَ مَعهما فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ، أَوْلَى بِهَذَا الحُكْم؛ لأنَّهُ كُلّهُ خِيَانَةٌ لا سَرِقَةٌ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَفِي هَذَا الحَدِيثِ دَلِيلٌ عَلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ مَالِكٌ، مِنْ أَنَّ السَّيِّدَ لا يَقْطَعُ عَبْدَهُ فِي السَّرِقَةِ، وَلَو كَانَ، مَا احْتاجَ ابْنُ الحَضْرميِّ إِلا لسلْطَانٍ فِي قَطْعِ غُلامِهِ.

١٥٥٨ ـ مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ؛ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَم أُتِيَ بِإِنْسانٍ قَدِ اخْتَلَسَ مَتَاعاً، فَأَرَادَ قَطْعَ يَدِهِ، فَأَرْسَلَ إِلى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ يَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ؟ فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: لَيْسَ فِي الْخلْسَةِ قَطْعٌ.

قال أبو عمر: رَوَاهُ مَعْمَرٌ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، قَالَ: اخْتَلَسَ رَجُلٌ مَتاعاً، فَأَرَادَ مَرْوانُ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ، فَقَالَ لَهُ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: تِلْكَ الخُلْسَةُ الظَّاهِرَةُ، لا قَطْعَ فِيها.

قَالَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ: أخبرنا الثَّورِيُّ، عَنْ إِسْماعيلَ بْنِ مُسلم، عَنِ الحَسنِ، عَنْ عَلِيٍّ، رَضِي اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الخُلْسَةِ، فَقَالَ: تِلْكَ الدَّعِرَةُ المُعْلَنَةُ، لا قَطْعَ فِيهَا.

[قال أبو عمر]: أَجْمَعَ أَهْلُ العِلْم، عَلَى أَنَّ الخُلْسَةَ، لا قَطْعَ فِيها، وَلا فِي الخِيَانَةِ وَلا أَعْلَمُ أَحداً أَوْجَبَ فِي الخُلْسَةِ القَطْعَ، إلا إِيَاسَ بْنَ مُعَاوِيَةَ، وَسَائِرُ أَهْلِ العِلْمِ؛ لا يَرَوْنَ فِيها قَطعاً.

وَقَدْ رَوى ابْنُ جريجٍ، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرٍ، أَنَّ النبيَّ ﷺ، قَالَ: «لَيْسَ عَلَى الخَائِنِ قَطْعٌ، وَلا عَلَى المُخْتلسِ قَطْعٌ»[1].

١٥٥٨ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٤، من الكتاب والباب السابقين، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٨٠.

(١) أخرجه أبو داود في الحدود باب ١٤، والترمذي في الحدود باب ١٨، والنسائي في قطع السارق باب ١٣، وابن ماجه في الحدود باب ٢٦، والدارمي في الحدود باب ٨.

وَقَدْ رَوَى ابن المُبارَكِ، عَنْ سُفيانَ، عَنْ إسْمَاعِيلَ، عَنِ الحَسَنِ، أنَّ عَلِيَّ بْنَ أبِي طَالِبٍ، أُتِي فِي الخُلْسَةِ، فَقَالَ: تِلْكَ المُعْلَنَةُ، لا قَطْع فِيها.

وَرَوى سَعِيدٌ، عَنْ قَتَادَةَ، عَنْ خِلاسٍ، أنَّ عَلِياً كَان لا يقطع فِي الخُلْسَةِ.

وَأجْمَعُوا أنَّهُ لَيْسَ عَلَى الغَاصِبِ، ولا عَلَى المُكابرِ الغَالِبِ قَطْعٌ، إلا أنْ يَكُونَ قَاطعَ طَرِيقٍ، شَاهِراً بِالسِّلاحِ عَلَى المُسْلِمِينَ، مُخِيفاً لِلسُّبُلِ؛ فَحُكْمُهُ مَا تَقدَّمَ ذِكْرُهُ فِي المُحارِبِينَ.

١٥٥٩ ـ وَأمَّا حَدِيثُ [مَالِك]، فِي هَذَا البَابِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، أنَّهُ قَالَ: أخْبَرَنِي أبُو بَكْرِ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ أنَّهُ أخَذَ نَبَطِياً قَدْ سَرَقَ خَوَاتِمَ مِنْ حَدِيدٍ، فَحَبَسَهُ لِيَقْطَعَ يَدَهُ، فَأرْسَلَتْ إلَيْهِ عَمْرَةُ بِنْتُ عَبْدِ الرَّحْمنِ، مَولاةً لَهَا، يُقالَ لَهَا أُمَيَّةُ، قَالَ أبُو بَكْرٍ: فَجَاءَتْنِي وَأنَا بَيْنَ ظَهْرَانِي النَّاسِ، فَقَالَتْ: تقولُ لَكَ خَالَتُكَ عَمْرَةُ: يَا ابْنَ أُخْتِي، أخَذْتَ نَبَطِيّاً فِي شَيْءٍ يَسِيرٍ ذُكِرَ لِي فَأرَدْتَ قَطعَ يَدِهِ، قُلْتُ: نَعَمْ. قَالَتْ: فَإنَّ عَمْرَةَ تَقُولُ لَكَ: لا قَطْعَ إلا فِي رُبُعِ دِينَارٍ فَصَاعِداً، قَالَ أبُو بَكْرٍ: فَأرْسَلْتُ النَّبَطِيَّ.

وَهَذَا المَعْنَى، قَدْ مَضَى فِي مَوْضِعِهِ مِنْ هَذَا الكِتَابِ، وَالحمدُ للَّهِ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: وَالأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي اعْتِرَافِ الْعَبِيدِ؛ أنَّهُ مَنِ اعتَرَفَ مِنْهُمْ عَلَى نَفْسِهِ بِشَيْءٍ يَقَعُ الْحَدُّ وَالْعُقُوبَةُ فِيهِ فِي جَسَدِهِ، فَإنَّ اعْترافَهُ جَائِزٌ عَلَيْهِ، وَلا يُتَّهَمُ أنْ يُوقعَ عَلَى نَفْسِهِ هَذَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَأمَّا مَنِ اعْترَفَ مِنْهُمْ بأمرٍ يَكُونُ غُرْماً على سَيِّدِهِ، فَإنَّ اعْتِرَافَهُ غَيْرُ جَائِزٍ عَلَى سَيِّدِهِ.

قال أبو عمر: قَولُ مَالِكٍ هَذَا، فِي إقْرارِ العَبيدِ بِمَا يُوجِبُ الحَدَّ عَلَيْهِمْ، وَالعُقُوبَةَ فِي أبْدَانِهِمْ، أنَّهُمْ يُؤْخَذُونَ بِهِ.

وَهُوَ قَوْلُ جُمْهُورِ الفُقهاءِ؛ [الشَّافِعِيِّ] وَأبِي حَنِيفَةَ، وَأصْحَابِهما، وَالثَّورِيِّ، وَالأوْزَاعِيِّ، وَعُثْمانَ البَتِّيِّ، وَالحسَنِ بْنِ حَيّ.

وَقَالَ زُفَرُ بْنُ الهُذيل: لا يَجُوزُ إقْرارُ العَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ، بِما يُوجِبُ قَتْلَهُ، وَلا قَطْعَ يَدِهِ، إذَا أكْذَبَهُ مَوْلاهُ.

١٥٥٩ ـ الحديث في الموطأ برقم ٣٥، من الكتاب والباب السابقين.

(١) الموطأ، صفحة ٨٤٠، ٨٤١.

قال أبو عمر: قَولُ زُفَرَ هَذَا، هُوَ قَولُ شريحٍ، والشَّعْبيِّ، وَقَتَادَةَ، وَعَطاءٍ، وَعَمْرِو بْنِ دِينارٍ، وَسُليمانَ بْنِ مُوسى، وَأبي الضُّحى.

ذَكَرَ ذَلِكَ كُلَّهُ عَنهُم بِالأسَانِيدِ، عَبْدُ الرَّزَّاقِ، وَأبو بَكْرِ بْنُ أبِي شَيْبَةَ.

وَقَالَ أبُو بَكْرٍ: حدَّثنا يَزيدُ بْنُ هَارُونَ، عَنْ أبِي مَالِكٍ الأشجعيِّ، قَالَ: حدَّثني أهْلُ هرمز، وَالخَبرُ عَنْ هرمز أنَّهُ أتَى عَلِيّاً؛ فَقَالَ: إنِّي أصَبْتُ حَدّاً، فَقالَ: تُبْ إلى اللَّهِ عزَّ وجلَّ، وَاسْتَتِرْ [بِسترِ اللَّهِ]. قَالَ: يَا أمِيرَ المُؤمِنِينَ، طَهِّرْنِي. قَالَ: قُمْ قنبر، فَاضْرِبْهُ الحَدَّ، وَلْيَكُنْ هُوَ يعدُّ لِنَفْسِهِ، فَإذا نَهاكَ، فَانْتَهِ، وَكانَ مَمْلُوكاً.

وَرَوى عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ الثَّوريِّ، عَنْ أبِي مَالِكٍ الأشْجعيِّ، عَنْ أشْيَاخٍ لَهُمْ، أنَّ عَبْداً لأشْجَعَ، يُقَالُ لَهُ: أبُو حليمةَ، اعْتَرَفَ بِالزِّنَى عِنْدَ عَلِيٍّ، رضوانُ اللَّهِ عَلَيْهِ، أرْبَعَ مَرَّاتٍ، فَأقَامَ عَلَيْهِ الحَدَّ.

وَرَوى أبُو الزِّنادِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَامِرٍ، أنَّ أبَا بَكْرٍ، قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ سَرَقَ.

قال أبو عمر: الجَلْدُ لا ينقصُ المولى مَنفَعةً وَلا ثَمناً، وَلَيْسَ كَالقَتْلِ وَقَطْعِ اليَدِ، وَأمَّا قَوْلُهُ: إذَا نَهاكَ، فَانْتَهِ، فَهَذا شَأنُ كُلِّ مُقرٍّ عَلَى نَفْسِهِ، ألا يقامُ عَلَيْهِ الحَدُّ، إذَا نَزَعَ، وَلَو بَقِيَ مِنَ الحَدِّ سَوْطٌ وَاحِدٌ، عِنْدَ جُمْهُورِ العُلماءِ.

وَقَدْ ذَكَرْنا الاخْتِلافَ [فِي ذَلِكَ] فِي مَا مَضَى.

وَذَكَرَ الطَّحاوِيُّ، عَنْ عَلِيٍّ، أنَّ عَبْداً أقَرَّ عِنْدَهُ بِالسَّرقَةِ مَرَّتَيْنِ، فَقَطَعَ يَدَهُ.

وَذَكَرَ ابْنُ المُبَارَكِ، عَنْ سُفْيَانَ، وَعَنِ الأعْمَشِ، عَنِ القَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ أبِيهِ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إلى عَلِيِّ بْنِ أبِي طَالِبٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَاعْتَرَفَ عِنْدَهُ بِالسَّرِقَةِ، فَطَرَدَهُ، ثُمَّ أتَاهُ الثَّانِيَةَ، فَاعْتَرَفَ عِنْدَهُ، فَقَالَ عَلِيٌّ: شَهِدْتَ عَلَى نَفْسِكَ مَرَّتَيْنِ فَقَطَعَهُ. قَالَ فَرَأيْتُ يَدَهُ مُعلَّقَةً فِي عُنقِهِ.

ذَكَرَ الطَّحاوِيُّ، أنَّ الرَّجُلَ كَانَ عَبْداً، وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي الحَدِيثِ.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، [عَنِ الثَّوريِّ]، عَنْ مُغِيرَةَ، عَنْ إبْرَاهِيمَ، قَالَ: مَا اعْتَرفَ العَبْدُ فِي شَيْءٍ يُقامُ عَلَيْهِ فِي جَسَدِهِ؛ فَإنَّهُ لا يُتَّهمُ في جِسَدِهِ، وَما اعترفَ بِهِ مِنْ شَيْءٍ يُخْرِجُهُ عَنْ مَوْلاهُ، فَلا يَجُوزُ اعْتِرافُهُ.

وَأخبرنا معمرٌ، عَنْ قَتادَةَ، قَالَ: لا يَجُوزُ اعْتِرافُ [العَبْدِ، إلا فِي سَرِقَةٍ، أو زِنًى.

قَالَ: وَأخْبرَنا مَعمرٌ، عَنِ الزُّهريِّ، قَالَ: كَانَ مِمَّنْ مَضَى يُجِيزُ اعْتِرافَ] العَبِيدِ عَلَى أنْفُسِهِمْ، حَتَّى اتَّهمَتِ القُضاةُ العَبِيدَ أنَّهمْ إنَّما يَفْعَلُونَ ذَلِكَ كَرَاهَةً لِسَاداتِهِمْ، وَفِرَاراً مِنْهُمْ، فَاتَّهَمُوهُم فِي بَعْضِ الأمُورِ الَّتِي تشكلُ.

قَالَ: وَأَخْبَرنا ابْنُ جريجٍ، عَنْ سُلَيمانَ بْنِ مُوسى، قَالَ: لا يَجُوزُ اعْتِرافُ العَبِيدِ، إلا فِي الحُدُودِ.

فَالرِّوَايَةُ الأولى؛ ذَكَرَها أبُو بَكْرٍ، قَالَ: حدَّثني أبُو عَاصِمِ الضَّحَّاكُ بْنُ مخلدٍ، عَنِ ابْنِ جريجٍ، عَنْ سُلَيمانَ بْنِ مُوسى، قَالَ: لا يَجُوزُ اعْتِرافُ العَبِيدِ، إلا بِبَيِّنَةٍ.

وَقَالَ أبُو بَكرٍ: حدَّثني هشيمٌ، عَنْ أَبِي حرةَ، عَنِ الحَسَنِ، قَالَ: يَجُوزُ إِقْرَارُ العَبْدِ فيما أَقَرَّ بِهِ مِنْ حَدٍّ، وَمَا أَقَرَّ بِهِ مِمَّا يُذْهِبُ رَقَبَتَهُ، فَلا.

قَالَ: وَحدَّثني هشيمٌ، عَنْ مُغِيرَةَ، عَنْ إبْرَاهِيمَ مِثْلَهُ.

قال أبو عمر: رِوَايَةُ الثَّوْرِيِّ، عَنْ مُغِيرَةَ، عَنْ إبْراهِيمَ، أَصَحُّ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: لَيْسَ عَلَى الأجِيرِ وَلا عَلَى الرَّجُلِ يَكونَانِ مَعَ الْقَوْمِ يَخْدُمَانِهِمْ، إِنْ سَرَقَاهُمْ، قَطْعٌ؛ لأنَّ حَالَهُمَا لَيْسَتْ بِحَالِ السَّارِقِ، وَإِنَّمَا حَالُهُمَا حَالُ الْخَائِنِ، وَلَيْسَ عَلَى الْخَائِنِ قَطْعٌ.

قال أبو عمر: رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، أَنَّهُ قَالَ: «لَيْسَ عَلَى الخَائِنِ، وَلا عَلَى المُخْتَلِسِ قَطْعٌ»[2].

وَأَجْمَعَ عُلَمَاءُ المُسْلِمِينَ، أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى الخَائِنِ قَطْعٌ، وَكَفَى بِهَذَا.

وَذَكَرَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنِ ابْنِ جريجٍ، أَنَّهُ أَخْبَرَهُ، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرٍ، أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَيْسَ عَلَى المُخْتَلِسِ، وَلا عَلَى الخَائِنِ قَطْعٌ».

قَالَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ: وَأَخْبَرنا يَاسِينُ الزَّيَّاتُ، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: لَيْسَ عَلَى الخَائِنِ، وَلا عَلَى المُنْتَهِبِ، وَلا عَلَى المُخْتَلِسِ قَطْعٌ.

قَالَ: قُلْتُ: أعَنِ النَّبِيِّ ﷺ؟ [قَالَ: لَيْسَ عَلَى الخَائِنِ، وَلا عَلَى المُخْتَلِسِ قَطْعٌ] قَالَ: فَعَنْ مَنْ.

وَذَكَر أَبُو دَاوُدَ هَذَا الحَدِيثَ، قَالَ: حدَّثني نَصْرُ بْنُ عَلِيٍّ، قَالَ: حَدَّثَنِي عِيسى بْنُ يُونُسَ، عَنِ ابْنِ جريجٍ، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، قَالَ: «لَيْسَ عَلَى الخَائِنِ، وَلا عَلَى المُخْتَلِسِ قَطْعٌ».

قَالَ أَبُو دَاوُدَ: بَلَغَنِي عَنْ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبلٍ، أَنَّه قَالَ: لَمْ يَسْمَعَ ابْنُ جريجٍ هَذَا الحَدِيثَ مِنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، وَإِنَّما سَمِعَهُ مِنْ يَاسِين الزَّياتِ.

قَالَ أَبُو دَاوُدَ: وَقَدْ رَوَاهُ المُغِيرَةُ بْنُ مُسلمٍ، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٤١.

(٢) تقدم الحديث مع تخريجه.

قَالَ مَالِكٌ[١]، فِي الَّذِي يَسْتَعِيرُ الْعَارِيَةَ فَيَجْحَدُهَا: إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ مَثَلُ رَجُلٍ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ فَجَحَدَهُ ذَلِكَ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ فِيمَا جَحَدَهُ قَطْعٌ.

قال أبو عمر: جُمْهورُ الفُقهاءِ، عَلَى مَا قَالَهُ مَالِكٌ، فِي المُسْتَعِيرِ الجَاحِدِ، أَنَّهُ لا قَطْعَ عَلَيْهِ.

وَهُوَ قَولُ [أَهْلِ] الحِجَازِ، وَالعِرَاقِ، وَ [أَهْلِ] الشَّامِ، وَمِصْرَ.

وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، وَإِسْحَاقُ: يُقْطَعُ.

قَالَ أَحْمَدُ: لا أَعْلَمُ شَيْئاً يَدْفَعُ حَدِيثَ عَائِشَةَ فِي ذَلِكَ.

قال أبو عمر: [احْتَجَّ مَنْ قَالَ بِهَذَا] الحَدِيثِ رَواهُ مَعمرٌ، ذَكَرَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، وَغيرهُ، عَنْ مَعمرٍ، أَنَّهُ أَخْبَرَهُمْ عَنِ الزُّهريِّ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: كَانَتِ امْرَأَةٌ مَخْزُومِيَّةٌ تَسْتَعِيرُ المَتاعَ، وَتَجْحدُهُ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ، بِقَطْعِ يَدِها، فَأَتى أَهْلُها أُسَامَةَ، فَكَلَّمُوهُ، فَكَلَّمَ أُسامَةُ النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَ النَّبِيَّ ﷺ: «يَا أُسَامَةُ، أَلا أَرَاكَ تَتَكَلَّمُ فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ». ثُمَّ قَامَ النَّبِيُّ ﷺ، خَطِيباً، فَقَالَ: إِنَّما أَهْلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ؛ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فيهم الشَّرِيفُ، تَرَكُوهُ، وَإِنْ سَرَقَ فِيهم الضَّعِيفُ، قَطَعُوهُ، وَالَّذي نَفْسِي بِيَدِهِ، لو كَانَتْ فاطِمَةُ بِنْتُ مُحمدٍ، لَقَطَعْتُ يَدَهَا».

فَقَطَعَ يَدَ المَخْزُومِيَّةِ[٢].

[**قال أبو عمر**]: احْتَجَّ [مَنْ قَالَ] بِهَذَا الحَدِيثِ بِما فِيهِ مِنْ قَولِهِ: كَانَتْ تَسْتَعِيرُ المتاعَ، وَتَجْحدُهُ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ، بِقَطْعِ يَدِها.

قَالُوا: فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ يَدَهَا، إلا لأَنَّها كَانَتْ تَسْتَعِيرُ المتاعَ، وَتَجْحدُهُ.

قَالُوا: [قَدْ تَابَعَهُ مَعمرٌ، عَلَى مَا ذَكَرْناهُ مِنْ ذَلِكَ، ابْنُ أَخِي الزُّهْرِيِّ، وَغيره، وَحَسْبُكَ بِمَعْمرٍ فِي الزُّهْرِيِّ.

قَالُوا:] وَقَدْ رَواهُ، عَنْ نَافعٍ، عَنْ صفيَّةَ بِنْتِ أَبي عُبيدٍ، أَنَّ امْرَأَةً، كَانَتْ تَستَعِيرُ المتَاعَ، عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَتَجْحدُهُ، وَلا تردُّهُ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ [بِقَطْعِها].

[وَرَواهُ مَعمرٌ] عَنْ أَيُوبَ، عَنْ نَافعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: كَانَتِ امْرَأَةٌ مَخْزُومِيَّةٌ، تَسْتَعِيرُ [مَتاعاً] عَلَى جَارَتِها، وَتَجْحدُهُ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِقَطْعِ يَدِهَا.

قال أبو عمر: مَنْ تَدَبَّرَ هَذَا الحَدِيثَ، علمَ أَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ يَدَها، إلا لأَنَّها سرَقَتْ؛

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٤١.

(٢) أخرجه البخاري في فضائل أصحاب النبي ﷺ باب ١٨، ومسلم في الحدود حديث ١١، والترمذي في الحدود باب ٦، والنسائي في قطع السارق باب ٥، ٦، وأحمد في المسند ٣/٣٥٦، ٣٩٥، ٦/١٦٢.

لقَوْلِهِ ﷺ فِيهِ لأُسَامَةَ: «ألا أرَاكَ تَتَكَلَّمُ في حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ عَزَّ وجلَّ».

وَلَيْسَ لِلَّهِ عَزَّ وَجلَّ، فِي كِتَابِهِ، وَلا فِي المَعْرُوفِ مِنْ سُنَّةِ نَبِيِّهِ ﷺ، حَدٌّ مِنْ حُدُودِهِ فيمن اسْتَعَارَ المَتاعَ، وَجَحَدَهُ.

وَدَلِيلٌ آخَرُ مِنَ الحُدُودِ، مِنْ حَدِيثٍ أَيْضاً؛ قَولهُ ﷺ: «إِنَّما أهلكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ، أَنَّهم كَانُوا؛ إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ».

وَهَذا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِنَّما قَطَعَها؛ لِسَرِقَتِها، لا لأَنَّها كَانَتْ تَسْتَعِيرُ المتاعَ وَتَجْحدُهُ، وَلو كَانَ ذَلِكَ؛ لَقالَ ﷺ: إِنَّما أَهْلكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ، أَنَّهُم كَانُوا، إِذَا اسْتَعارَ فِيهم الشَّرِيفُ مِنَ المتاعِ، وَجحدَهُ تَرَكُوهُ.

هَذَا مَا ظَهَرَ إِلَيَّ مِنْ ظَاهِرِ لَفْظِ هَذَا الحَدِيثِ، الَّذِي احْتَجَّ بِهِ مَنْ رَأى قَطْعَ المُسْتَعِيرِ الجَاحِدِ.

وَقَدْ رَوى هذَا الحَدِيثَ، اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ بِإِسْنَادِهِ، وَقَالَ فِيهِ: إِنَّ المخْزُوميَّةَ سَرَقَتْ، وَقالَ فِي آخرِهِ: «وَاللَّهِ لَو أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحمدٍ سَرَقَتْ، لَقَطَعتُ يَدَهَا».

وَهَذَا كُلُّهُ يُوضِّحُ أَنَّ القَطْعَ، إِنَّما كَانَ مِنْ أجْلِ السَّرِقَةِ، لا مِنْ أجْلِ جَحْدِ العَارِيَّةِ مِنَ المتَاعِ.

وَيحتملُ ـ وَاللَّهُ تَعالى أعْلَمُ ـ أَنَّ تِلْكَ القُرَشِيَّةَ المخْزُومِيَّةَ، كَانَ مِنْ شَأْنِها اسْتِعارَةُ المتاعِ، وَجَحْدُهُ، [فعُرِفَتْ بِذَلِكَ]، ثُمَّ إِنَّها سَرَقَتْ، فَقِيلَ: المَخْزُومِيَّةُ الَّتِي كَانَتْ تَسْتَعِيرُ المَتاعَ، وَتَجْحدُهُ، قَطَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَدَها، يَعْنُونَ فِي السَّرِقَةِ ـ وَاللَّهُ أعْلَمُ.

حدَّثَنِي عَبْدُ الوَارِثِ بْنُ سُفْيانَ، قَالَ: حدَّثني قَاسمُ بْنُ أصبَغ، قَالَ: حدَّثني عُبيدُ اللَّهِ بْنُ يَحْيَى، قِراءَةً عَلَيْهِ، عَنْ أَبِيهِ يَحْيَى بْنِ يَحْيى، عَنِ اللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ، عَنِ ابْنِ شِهابٍ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عائِشَةَ، أَنَّ قُرَيْشاً أَهَمَّهُم شَأْنُ المَخْزُوميَّةِ الَّتِي سَرَقَتْ، قَالُوا: مَنْ يُكَلِّمُ فِيها رَسُولَ اللَّهِ ﷺ؟ قَالُوا: وَمَنْ يَجْتَرِىءُ عَلَيهِ إلا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ حِبُّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَكلَّمَهُ أُسَامَةُ، فَقَالَ ﷺ: «أَتَشْفَعُ فِي حَدٍّ مِنْ حُدودِ اللَّهِ عزَّ وجلَّ». ثُمَّ قَامَ خَطِيباً؛ فَقَالَ: «إِنَّما هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ، أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهم الشَّرِيفُ، تَركُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهم الضَّعِيفُ، أقامُوا عَلَيْهِ الحَدَّ، وَايْمُ اللَّهِ، لَو أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحمدٍ، سَرَقَتْ، لَقَطَعْتُ يَدَهَا»[1].

---

(١) انظر الحاشية السابقة.

وَكَذَلِكَ رَوَاهُ أَيُوبُ بْنُ مُوسَى، [وَيُونُسُ بْنُ يَزِيدَ]، عَنِ الزُّهْرِيِّ.

[وَذكرَهُ أبُو عَبْدِ الرَّحمنِ النَّسائيُّ، قَالَ: أَخْبَرَنَا مُحمدُ بْنُ مَنْصُورٍ، قَالَ: حدَّثني أيُوبُ، عَنْ يُوسُفَ بْنِ مُوسى، عَنِ الزُهْريِّ]، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ، أنَّ امْرَأَةَ سَرَقَتْ، فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، [فِي غَزْوَةِ الفَتْحِ، فَأُتِي بِها رَسُولُ اللَّهِ ﷺ]، فَكَلَّمَهُ فِيها أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ، وَذَكَرَ الحَدِيثَ، بِمَعْنى حَدِيثِ اللَّيْثِ سَوَاء.

وَقَدْ حدَّثني عَبْدُ الوَارِثِ، قَالَ: حدَّثني قَاسِمٌ، قَالَ: حدَّثني مُطلبٌ قِراءَةً عَلَيْهِ، قَالَ: حدَّثني عَبْدُ اللَّهِ بْنُ صَالِحٍ، قَالَ: حدَّثني اللَّيْثُ، قَالَ: حدَّثني يَزِيدُ بْنُ أبي حبيبٍ، عَنْ مُحمدِ بْنِ إسْحاقَ، عَنْ مُحمدِ بْنِ طَلْحَة بْنِ يَزيدَ بْنِ ركانَه، أنَّ خَالَتَهُ ابْنَةَ مَسْعُودِ بْنِ العجْماءِ، حَدَّثَتْهُ أنَّ أبَاهَا قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فِي المَخْزُومِيَّةِ الَّتِي سَرَقَتْ قطيفةً.

وحدَّثني سَعِيدٌ، وَعَبْدُ الوَارِثِ، قَالا: حدَّثني قَاسِمٌ، قَالا: حدَّثني ابْنُ وَضَّاحٍ، قَالَ: حدَّثني أبُو بَكْرِ بْنُ أبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ نميرٍ، قَالَ: حدَّثني مُحمدُ بْنُ إِسْحاقَ، عَنْ مُحمدِ بْنِ طَلْحةَ بْنِ ركانَةَ، عَنْ أُمِّهِ، عَنْ عَائِشَةَ بِنْتِ مَسْعُودِ بْنِ الأَسْوَدِ، عَنْ أبِيها مَسْعُودٍ، قَالَ: لَمَّا سَرَقَتِ المَرْأَةُ تِلكَ القطيفَةَ، مِنْ بَيْتِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أعْظمنَا ذَلِكَ، وَكانَتِ المرْأَةُ مِنْ قُرَيْشٍ، فَجِئْنا إلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، نُكَلِّمُهُ فِيها، فَقُلْنا: نَحْنُ نفْدِيها بِأَرْبَعِينَ أوقيَّةً. قَالَ: «تطهرُ خَيْرٌ لَها»، فَلَمَّا سَمِعْنا مِنْ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، أتَيْنَا أُسامَةَ بْنَ زَيْدٍ، فقُلْنا: كَلِّم لَنَا رَسُول اللَّهِ ﷺ فِي هَذِهِ المَرْأَةِ، نَحْنُ نَفْدِيها بِأَرْبَعِينَ أوقيَّةً، فَلَمَّا رأى النَّبيُّ ﷺ ذَلِكَ، قَامَ خَطِيباً، فقَالَ: «يَا أيُّها النَّاسُ، مَا اجتراكم عَليَّ فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعالى، وَقَعَ عَلى أمَةٍ مِنْ إماءِ اللَّهِ عَزَّ وَجلَّ، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَو كَانَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ رَسُولِ اللَّهِ نَزَلَ بِها الَّذِي نَزَلَ بِهَذِهِ، لَقَطَعَ مُحمدٌ يَدَها».

فَهذِهِ الأَحَادِيثُ كُلُّها دَالَّةٌ عَلَى أنَّ المرْأَةَ المخْزُومِيَّةَ إنَّما قُطِعَتْ لِلسَّرِقَةِ، لا لاسْتِعَارَةِ المتَاعِ. وباللَّهِ التَّوْفِيقُ.

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي السَّارِقِ يُوجَدُ فِي البَيْتِ، قَدْ جَمَعَ الْمَتاعَ، لَمْ يَخْرُجْ بِهِ: إنَّهُ لَيسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ، وَإنَّما مَثَلُ ذَلِكَ كَمَثَلِ رَجُلٍ وَضَعَ بَيْنَ يَدَيهِ خَمْراً لِيَشْرَبَها فَلَمْ يَفْعَلْ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ حَدٌّ، وَمَثَلُ ذَلِكَ رَجُلٌ جَلَسَ مِن امْرَأَةٍ مَجْلِساً، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُصِيبَهَا حَرَاماً، فَلَمْ يَفْعَلْ، وَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ مِنْها، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَيْضاً، فِي ذَلِكَ، حَدٌّ.

---

(١) الموطأ صفحة ٨٤١.

قال أبو عمر: هَذَا مَذْهَبُ جُمْهورِ العُلماءِ مِنَ السَّلَفِ وَالخَلَفِ.

وَبِهِ قَالَ أئِمَّةُ الفَتْوى بِالأمْصارِ وَأصْحَابُهُمْ إلى اليَوْمِ، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى مَراعَاتِهِم الحرْزَ، وَأنَّهُ لا قَطْعَ إلا عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ حِرْزٍ.

وَالخِلافُ فِي هَذَا شُذوذٌ، لا يُلْتَفت إلَيهِ، وَلا يُعرجُ عَلَيْهِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ عَنْ أحْمَدَ بْنِ حَنبلٍ، أنَّهُ ذَهَبَ إلَيْهِ.

وَنَحْنُ نَذْكُرُ مَا فِي كِتَابِ عَبْدِ الرَّزَاقِ بْنِ همام، وَأبِي بَكْرٍ؛ عَبْد اللَّهِ بْنِ أبي شَيْبَةَ، فِي ذَلِكَ؛ لِنَرَى مَا عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ جُمْهُورُ العُلماءِ، إنْ شَاءَ اللَّهُ عزَّ وَجلَّ.

قَالَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ: وَأخْبرنا ابْنُ جريجٍ، قَالَ: قُلْتُ لِعَطَاء: السَّارِقُ يُوجَدُ فِي البَيْتِ، وَقَدْ جَمَعَ المَتَاعَ، وَلَمْ يَخرُجْ بِهِ، قَالَ: لا قَطْعَ عَلَيْهِ حتَّى يَخْرُجَ بِهِ.

قَالَ ابْنُ جريجٍ: وَقَالَ لِي عَمْرُو بْنُ دِينارٍ: لا قَطعَ عَلَيْهِ؛ [حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ].

قَالَ ابْنُ جريجٍ: وَأخبرني سُليمانُ بْنُ مُوسى، أنَّ عُثْمانَ قَضَى أنَّهُ لا قَطعَ عَلَيْهِ، [حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ، وَإنْ كَانَ قَدْ جَمعَهُ].

قَالَ ابْنُ جريجٍ: وَأخْبرني عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ، أنَّ الزُّبَيْرَ أرَادَ قَطْعَهُ، فَقَالَ لَهُ ابْنُ عُمَرَ: لا قَطْعَ عَلَيْهِ، حَتَّى يَخْرُجَ بِالمتاعِ، مِنَ البَيْتِ، وَقَالَ لَهُ ابْنُ عُمَرَ: أرَأيْتَ لَو أنَّ رَجُلا، وُجِدَ بَيْنَ رِجْلَي امْرَأةٍ، لَمْ يُصِيبهَا، أكُنتَ تحدّهُ؟ قَالَ: لا، لَعَلَّهُ سَوْفَ ينْزِعُ - قبلَ أنْ يُوقعَها، قَالَ: وَهَذَا كَذَلِكَ، مَا يُدْرِيكَ، لعلَّهُ كَانَ نَازِعاً، تَائِباً، وَتَارِكاً لِلْمَتَاعِ.

قَالَ عَبْدُ الرزَّاقِ: أخْبرنا مَعمرٌ، عَنِ الزُّهْريِّ، قَالَ: إذَا وُجِدَ السَّارِقُ، فِي البَيْتِ، قَدْ جَمَعَ المتاعَ، وَلَمْ يَخْرُج بِهِ، فَلا قَطْعَ عَلَيْهِ، وَلكنْ يُنَكّلُ.

قَالَ مَعمرٌ: وَقَالَ قَتَادَةُ: هُوَ رَجُلٌ، أرَادَ أنْ يَسْرِقَ، فَلَمْ يدعوهُ.

قَالَ: وَأخْبرنا الثَّوريُّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أبِي السفرِ، عَنِ الشَّعْبيِّ، قَالَ: لا يُقْطَعُ السَّارِقُ؛ حتَّى يَخْرُجَ بِالمتاعِ مِنَ البَيْتِ.

قَالَ: وَأخْبرنا الثَّوريُّ، عَنْ يُونُس، عَنِ الحَسَنِ، مِثْلَ قَوْلِ الشَّعْبيِّ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، [مِنْ حَدِيثِ حصين، عَنِ الشَّعْبي]، وَمِنْ حَدِيثِ حُسَيْنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ ضميرة، عَنْ أبيهِ، عَنْ جَدِّهِ، عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وَمَنْ حَدِيثِ حصينٍ، عَنِ الشَّعْبِيِّ، عَنِ الحَارِثِ، عَنْ عَلِيٍّ.

وَكَتَبَ فِيهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ؛ أنْ يُنكلَ، وَيُسْجنَ، وَلا يُقْطَعَ.

وَذَكَرَ أبُو بَكْرِ بْنُ أبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثني وَكِيعٌ، عَنِ ابْنِ جريجٍ، عَنْ

سُليمانَ بْنِ مُوسى، عَنْ عُثْمانَ، قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ؛ حتَّى يَخْرُجَ مِنَ البَيْتِ بِالمتَاعِ.

قَالَ: وَأخبَرنا وَكِيعٌ، عَنِ ابْنِ جريجٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنِ ابْنِ عُمَر، قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ؛ حَتَّى يَخْرُجَ بِالمتَاعِ.

قَالَ: وَحدَّثني حُمَيْدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحمنِ، عَنْ مُوسى بْنِ أبِي الفراتِ، وَعَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزيزِ، قَالَ: لا يُقْطَعُ حَتَّى يَخْرُجَ بِالمتاعِ مِنَ البَيْتِ.

قَالَ: وَأخْبرنا أبُو مُعاوِيَةَ، عَنْ عَاصِمٍ، عَنِ الشَّعبيِّ، أنَّهُ سُئِلَ [عَنْ رَجُلٍ] سَرَقَ سَرِقَةً، ثُمَّ [كورَها]، فَأُدْرِكَ قَبْلَ أنْ يَخْرُجَ مِنَ البَيْتِ. قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ.

[قَالَ: وَحَدَّثني] عَلِيٌّ بْنُ مسهرٍ، عَنْ زكريَّا، عَنِ الشَّعبيِّ مِثْلَهُ.

قَالَ: وَحدَّثني مُحمدُ بْنُ بكرٍ، قَالَ: حدَّثني ابْنُ جريجٍ، قَالَ: قُلْتُ لِعَطاءٍ: يُوجَدُ السَّارِقُ، وَقَدْ أخَذَ المتَاعَ، وَجَمَعَهُ فِي البَيْتِ، قَالَ: لا قَطْعَ عَلَيْهِ؛ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ مِنَ البَيْتِ زعموا.

قَالَ: وَقَالَ عَمْرُو بْنُ دِينارٍ: مَا أرى عَلَيْهِ قَطْعاً.

قَالَ: وَحدَّثني يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ، عَنْ حَمَّادِ بْنِ سَلَمَةَ، عَنْ حُمَيْدٍ، أنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ العَزِيزِ، كَتَبَ فِي سَارِقٍ: لا يُقْطَعُ حَتَّى يَخْرُجَ بِالمتاعِ مِنَ الدَّارِ؛ لَعَلَّهُ تعرضُ لَهُ تَوْبَةٌ قَبْلَ أنْ يَخْرُجَ مِنَ الدَّارِ.

قال أبو عمر: لا أعْلَمُ لِمَنْ لَمْ يَعْتَبِرِ الحرْزَ مُتَعَلِّقاً بِأحَدٍ مِنَ الصَّحابَةِ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، إلا مَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْها.

ذكرَهُ أبُو بَكْرِ بْنُ أبِي شَيْبَةَ، قَالَ: حدَّثني أبُو خَالِدٍ الأحْمَرُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحمنِ بْنِ القاسمِ، قَالَ: بَلَغَ عَائِشَةَ، أنَّهُمْ يَقُولُونَ: إذَا لَمْ يَخْرُجْ بِالمَتاعِ مِنَ البَيْتِ، لَمْ يُقْطَعْ، فَقالَتْ: لَو لَمْ أجِدْ إلا سكِّيناً، لَقَطَعْتُهُ، [إذَا لَمْ يَخْرُج].

قَالَ مَالِكٌ[1]: الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنا؛ أنَّهُ لَيْسَ في الْخُلْسَةِ قَطْعٌ، بَلَغَ ثَمَنُها مَا يُقْطَعُ فِيهِ، أوْ لَمْ يَبْلُغْ.

قال أبو عمر: هَذَا كَما ذَكَرَهُ مَالِكٌ، أمْرٌ مُجْتَمَعٌ عَلَيْهِ، لا خِلافَ فِيهِ، وَقَدْ مضى القولُ فِي الخُلْسَةِ، فِي مَا تَقَدَّمَ مِنْ هَذَا الكِتَابِ، فَلا وَجْهَ لإعَادَتِهِ وَباللَّهِ التَّوْفِيقُ.

---

(١) الموطأ، صفحة ٨٤١.

فهرس المحتويات

كتاب القراض

كتاب المساقاة

كتاب كراء الأرض

كتاب الشفعة

كتابُ الأَقْضِيَة

كتاب الوصية

كتاب العتق والولاء

كتاب المكاتب

كتاب المدبر

كتاب الحدود